

T-361-99
2001 FCT 1046

T-361-99
2001 CFPI 1046

Mediterranean Shipping Company S.A. Geneva
(Plaintiff)

Mediterranean Shipping Company S.A. Genève
(demanderesse)

v.

c.

Sipco Inc. (Defendant)

Sipco Inc. (défenderesse)

**INDEXED AS: MEDITERRANEAN SHIPPING CO. S.A. GENEVA
v. SIPCO INC. (T.D.)**

**RÉPERTORIÉ: MEDITERRANEAN SHIPPING CO. S.A. GENÈVE
c. SIPCO INC. (1^{re} INST.)**

Trial Division, Blais J.—Montréal, June 26; Ottawa,
September 25, 2001.

Section de première instance, juge Blais—Montréal,
26 juin; Ottawa, 25 septembre 2001.

Maritime Law — Carriage of Goods — Action for recovery of unpaid ocean freight for carriage of nine containers — Earlier shipment of seven containers of tires arriving one container short — Other containers not clearing customs because bill of lading referring to seven containers — Defendant alleging subject to customer charge-backs, incurring storage, handling, re-inspection charges — Pleading legal, equitable set-off as defence; counterclaiming for losses arising from breach of contract, negligence — Evidence, admissions establishing defendant owed plaintiff US\$30,150 for ocean freight — Unless stated otherwise in contract, defendant cannot raise set-off of claim for damages as defence against claim for unpaid freight — Therefore defendant not entitled to set-off under equity — As contract not permitting set-off, legal set-off not available as defence — Plaintiff negligent in handling of seventh container, but counterclaim dismissed as damages not proven.

Droit maritime — Transport de marchandises — Action visant à obtenir le paiement du fret maritime dû pour le transport de neuf conteneurs — Cargaison de sept conteneurs maritimes de pneus antérieurement livrée avec un manquant à l'arrivée — Les six autres conteneurs n'ont pu être dédouanés parce que le connaissement parlait de sept conteneurs — La défenderesse alléguait que son client lui avait réclamé des frais et notamment des frais d'entreposage, de manutention et de réinspection — La défenderesse plaidait en défense la compensation en common law et en equity et présentait une demande reconventionnelle pour les pertes subies en raison des manquements au contrat et de la négligence de la demanderesse — Suivant la preuve et les faits admis, la défenderesse devait à la demanderesse 30 150 \$US pour le fret maritime — Sauf en cas de disposition contraire au contrat, la défenderesse ne peut pas, en défense, opposer la compensation entre sa demande de dommages-intérêts et la réclamation de la demanderesse au chef du fret impayé — La défenderesse ne pouvait donc invoquer la compensation en equity — Comme le contrat ne permettait pas la compensation, la défenderesse ne pouvait non plus invoquer le moyen de défense tiré de la compensation en vertu de la common law — La demanderesse a fait preuve de négligence lors de la manutention du septième conteneur, mais la demande reconventionnelle est rejetée parce que la défenderesse n'a pas prouvé ses dommages.

Maritime Law — Practice — In action for recovery of unpaid ocean freight, defendant pleading defence of set-off, counterclaiming for damages arising from breach of contract, negligence — Counterclaim not prescribed by Hague-Visby Rules, Art. III(6), discharging carrier from all liability in respect of goods unless suit brought within one year of delivery — One-year delay running from delivery, not discharge — Delivery taking place on day last piece of cargo actually or constructively delivered — Defendant says seventh container delivered in July 1998 — Defence and counterclaim filed in June 1999, within one year of delivery.

Droit maritime — Pratique — Poursuivie pour non-paiement de fret maritime, la défenderesse a plaidé la compensation en défense et a présenté une demande reconventionnelle pour être indemnisée des dommages subis par suite des manquements au contrat et de la négligence de la demanderesse — La demande reconventionnelle n'était pas prescrite en vertu des règles de La Haye-Visby, dont l'art. III(6) décharge de toute responsabilité le transporteur à l'égard des marchandises, sauf si une action est intentée dans l'année de leur délivrance — Le délai d'un an commence à courir à compter de la livraison et non du déchargement — La livraison a lieu le jour où la dernière

Maritime Law — Torts — Shipment of seven containers of tires arriving one container short — Other containers not clearing customs because bill of lading referring to seven containers — Defendant, in action for unpaid freight, counterclaiming for damages due to negligence — Stating subject to customer charge-backs, incurring storage, handling, re-inspection charges — Hague-Visby Rules, incorporated into Canadian law by Carriage of Goods by Water Act, Art. III(2) requiring carrier to properly, carefully load, handle, stow, keep, care for, discharge goods carried — Duty at loading very broad — Principles of proof running through cases dealing with Rules reviewed — Plaintiff negligent in handling seventh container, but defendant shared part of responsibility when asked that bill of lading be signed even though not accurate — Plaintiff's responsibility not limited by limitation clauses in bill of lading as Art. III(8) making null, void any clause in contract of carriage relieving carrier from liability for damage to goods arising from negligence — Counterclaim failed, however, because defendant not proving damages.

Equity — Defendant, in action for recovery of unpaid freight charges for carriage by sea, seeking set-off of damages for breach of contract, negligence in earlier carriage by sea when one container arriving late, resulting in storage, handling, re-inspection charges to defendant — Unless stated otherwise in contract, defendant cannot raise set-off of damages as defence against claim for unpaid freight — Defendant not entitled to set-off under equity.

This was an action for recovery of unpaid ocean freight in the amount of US\$30,150 (C\$43,189.88) and related charges for the carriage by sea of nine containers of tires from Toronto to Bandar Abbas, Persian Gulf under an ocean

marchandise a été déchargée et a été effectivement livrée ou est présumée avoir été livrée — La défenderesse affirme que le septième conteneur a été livré en juillet 1998 — La défense et demande reconventionnelle a été déposée en juin 1999, avant l'expiration du délai d'un an de la livraison.

Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Cargaison de sept conteneurs de pneus arrivant avec un manquant — Les six autres conteneurs n'ont pu être dédouanés parce que le connaissement parlait de sept conteneurs — Poursuivie pour non-paiement de fret maritime, la défenderesse a présenté une demande reconventionnelle pour être indemnisée des dommages subis par suite de la négligence de la demanderesse — Elle alléguait que son client lui avait réclamé des frais d'entreposage, de manutention et de réinspection — L'art. III(6) des règles de La Haye-Visby, incorporées au droit canadien par la Loi sur le transport des marchandises par eau, oblige le transporteur à procéder de façon appropriée et soigneuse au chargement, à la manutention, à l'arrimage, au transport, à la garde, aux soins et au déchargement des marchandises qu'il transporte — L'obligation imposée lors du chargement est très vaste — Examen des principes de preuve qui reviennent constamment dans la jurisprudence relative aux Règles — La demanderesse a fait preuve de négligence lors de la manutention du septième conteneur, mais la défenderesse a une part de responsabilité en raison du fait qu'elle a demandé que le connaissement soit signé même s'il n'était pas exact — La responsabilité de la demanderesse n'est pas limitée par les clauses du connaissement, étant donné que l'art. III(8) des règles de La Haye-Visby déclare nulle et non avenue toute clause dans un contrat de transport exonérant le transporteur ou le navire de responsabilité pour perte ou dommage concernant des marchandises provenant de négligence — La défenderesse est toutefois déboutée de sa demande reconventionnelle parce qu'elle n'a pas prouvé ses dommages.

Equity — Poursuivie pour non-paiement de fret maritime à la suite du transport par mer de marchandises, la défenderesse cherchait à opérer la compensation entre la créance de la demanderesse et les dommages qu'elle affirmait avoir subis par suite des manquements au contrat et de la négligence commis par la demanderesse lors d'un transport maritime antérieur au cours duquel un conteneur était arrivé en retard, ce qui lui avait fait subir des frais d'entreposage, de manutention et de réinspection — Sauf en cas de disposition contraire stipulée au contrat, la défenderesse ne peut pas, en défense, opposer la compensation entre sa demande de dommages-intérêts et la réclamation de la demanderesse au chef du fret impayé — La défenderesse n'a pas le droit à une compensation en equity.

Il s'agit d'une action en paiement de la somme de 30 150 \$US (43 189,88 \$CAN), à titre de fret maritime, et de frais connexes pour le transport par mer de neuf conteneurs de pneus entre Toronto et Bandar Abbas, dans le

bill of lading dated April 22, 1998. Four months earlier the defendant had shipped seven sea containers containing tires to Bandar Abbas. Six containers arrived according to schedule, but the seventh did not arrive until months later, having apparently been left at Halifax. As a result, the first six containers were unable to clear customs because the documentation indicated that seven containers were to be cleared. The defendant stated that it was subject to charge-backs by its customer in Iran and incurred other expenses such as the costs of transferring, storage, insurance, handling and reinspection of the first six containers, legal fees, replacement of tires which were damaged by extended shipping, and banking charges. It submitted that it was entitled at law and in equity to claim a set-off. It also alleged breach of contract or negligence, as a result of which it was unable to secure a reorder from its customer and lost profits from a new transaction. The plaintiff submitted that the defendant could not claim set-off in respect of a different contract of carriage; the bill of lading specifically provided that no set-off exists against the carrier's claim for freight; a claim for damages for breach of contract or negligence cannot be set-off against a claim for freight; and the defendant's claim for damages was unrelated to the contract of carriage. In defence to the counterclaim, it argued that the contract of carriage provided that any claim for freight is always due whether the goods arrive or not, or whether they arrive damaged or not. Moreover, the defendant had no right to deduct from the freight, or to set-off against the freight, any claim it might have against the plaintiff. The plaintiff also submitted that the bill of lading was expressly subject to the Hague-Visby Rules, under which it would have no liability for the damages claimed, and under which the plaintiff was entitled to limit its liability. The plaintiff argued that the action was prescribed by those Rules.

The issues were: (1) whether the defendant owed the plaintiff the amount of US\$30,150 for ocean freight and related charges; (2) whether the defendant was entitled to set-off the plaintiff's claim; and (3) whether the plaintiff breached its contract or was negligent in handling the

golfe Persique, aux termes d'un connaissance signé le 22 avril 1998. Quatre mois plus tôt, la défenderesse avait expédié à Bandar Abbas sept conteneurs maritimes dans lesquels se trouvaient des pneus. Six des sept conteneurs maritimes sont arrivés dans les délais prévus, mais le septième n'est parvenu à destination que plusieurs mois plus tard, après avoir selon toute vraisemblance été laissé à Halifax. En raison de cette erreur de livraison, il n'a pas été possible de dédouaner les six premiers conteneurs parce que, suivant les documents joints à la cargaison, sept conteneurs devaient passer la douane. La défenderesse affirmait que son client iranien lui a réclamé des frais et qu'elle avait engagé d'autres dépenses telles que des frais de transfert, d'entreposage, d'assurance, de manutention et de réinspection des six premiers conteneurs, des honoraires d'avocats, la valeur de remplacement des pneus, qui avaient subi des dommages à cause des retards dans la livraison, et des frais bancaires. La défenderesse affirmait qu'elle avait le droit, en common law et en *equity*, d'opérer compensation entre sa créance et celle de la demanderesse. Elle affirmait également que, par suite des manquements au contrat de la demanderesse, elle n'avait pas réussi à obtenir d'autres commandes de son client et qu'elle avait subi un manque à gagner relativement à une nouvelle opération. La demanderesse affirmait que la défenderesse n'avait pas le droit d'opérer compensation relativement à un contrat de transport différent; elle ajoutait que le connaissance stipulait expressément que la créance sur fret du transporteur ne pouvait faire l'objet d'une compensation; elle soutenait qu'une demande de dommages-intérêts fondée sur des manquements au contrat ou une négligence ne pouvait faire l'objet d'une compensation avec une créance sur fret et affirmait que la demande de dommages-intérêts était sans rapport avec le contrat de transport. En réponse à la demande reconventionnelle, la demanderesse affirmait que le contrat de transport prévoyait que le fret est toujours dû, peu importe que les marchandises arrivent ou non à destination ou qu'elles subissent des avaries en cours de transport. La demanderesse affirmait en outre que la défenderesse n'avait pas le droit d'opérer compensation entre le fret et la créance qu'elle peut avoir contre la demanderesse. La demanderesse soutenait aussi que le connaissance était expressément assujéti aux règles de La Haye-Visby, qui l'exonéraient de toute responsabilité relativement aux avaries en cause et qui lui donnaient le droit de limiter sa responsabilité. La demanderesse soutenait que l'action était prescrite aux termes des règles en question.

Les questions en litige consistent à savoir: 1) si la défenderesse doit à la demanderesse la somme de 30 150 \$US pour le fret maritime et les frais connexes; 2) si la défenderesse a le droit d'opérer compensation entre sa créance et celle de la demanderesse; 3) si la demanderesse a

containers, and whether the defendant incurred damages.

Held, the plaintiff's claim was allowed, and the defendant's counterclaim was dismissed for failure to provide any evidence of damages.

(1) The plaintiff had the burden of proving that the defendant owed it the charges it alleged. There was evidence relating to the carriage by sea of the nine containers which, together with admissions by the parties, was sufficient to establish that the defendant owed the plaintiff US\$30,150.

(2) Set-off is the "right of a debtor to claim that his liquidated debt due to a creditor shall be expunged by another liquidated debt . . . due by the creditor to him". Unless stated otherwise in the contract, the defendant cannot raise set-off of its claim for damages as a defence against the plaintiff's claim for unpaid freight. The plaintiff submitted that the contract of carriage provides that no set-off exists against the carrier's claim for freight, relying on a clause in the bill of lading. The defendant was not aware of the limitation and exclusion clauses that the plaintiff was relying upon because the parties had simply agreed that the plaintiff would provide the documentation, but the plaintiff never brought the terms of the fine print on any such documents to the defendant's attention. For the purpose of the set-off argument, it did not matter whether or not the defendant was aware of the limitation regarding set-off since it could not use the defence under equity and, since the contract did not permit set-off, legal set-off was not available either as a defence. If the defendant wanted to rely on set-off, it should have added a clause to that effect to the contract. Even if the bill of lading was silent regarding set-off, the defendant would not have been able to rely on the defence unless the contract explicitly so provided.

The defendant also brought a counterclaim for losses allegedly resulting from the breach of contract or negligence. The plaintiff submitted that the defendant's action was prescribed by the Hague-Visby Rules, which were incorporated into Canadian law by the *Carriage of Goods by Water Act*. Article III(6) thereof discharges the carrier from all liability in respect of the goods unless suit is brought within one year of their delivery or of the date when they should have been delivered. The plaintiff said that the

violé son contrat ou a fait preuve de négligence lors de la manutention des sept conteneurs maritimes et si la défenderesse a subi des dommages.

Jugement: la demande de la demanderesse est accueillie et la demande reconventionnelle de la défenderesse est rejetée au motif qu'elle n'a pu fournir de preuves au sujet des dommages qu'elle prétend avoir subis.

1) Il incombait à la demanderesse de prouver que la défenderesse lui devait les frais qu'elle réclamait. La Cour disposait de suffisamment d'éléments de preuve au sujet du transport maritime des neuf conteneurs pour pouvoir conclure, en tenant compte des faits admis par les parties, que la défenderesse devait à la demanderesse la somme de 30 150 \$US.

2) La compensation s'entend du «droit du débiteur d'obtenir l'extinction totale ou partielle de sa dette liquidée en opérant compensation entre sa créance et celle de son créancier». Sauf en cas de disposition contraire stipulée au contrat, la défenderesse ne peut pas opposer la compensation entre sa demande de dommages-intérêts et la réclamation de la demanderesse au chef du fret impayé. Invoquant une clause du connaissement, la demanderesse soutenait que le contrat de transport prévoyait que la créance sur fret du transporteur ne pouvait faire l'objet d'une compensation. La défenderesse n'était pas au courant des clauses limitatives et d'exclusion que la demanderesse invoquait, parce que les parties avaient convenu que la demanderesse fournirait la documentation pertinente, mais la demanderesse n'avait jamais signalé à l'attention de la défenderesse le détail des clauses de ces documents. Pour ce qui est du moyen tiré de la compensation, il importe peu que la défenderesse ait été ou non au courant de la clause limitative relative à la compensation, puisqu'elle ne pouvait invoquer ce moyen de défense en *equity* et que, comme le contrat ne permet pas la compensation, elle ne pouvait non plus invoquer ce moyen de défense en vertu de la common law. Si la défenderesse voulait invoquer la compensation, elle aurait dû insérer une clause en ce sens dans le contrat. Même si le connaissement était muet au sujet du moyen de défense tiré de la compensation, la défenderesse n'aurait pu faire valoir ce moyen que si le contrat le prévoyait expressément.

La défenderesse a également introduit une demande reconventionnelle pour les dommages qu'elle affirmait avoir subis en raison de la violation du contrat et de la négligence de la demanderesse. La demanderesse soutenait que la demande reconventionnelle de la défenderesse était prescrite en vertu des règles de La Haye-Visby, qui ont été incorporées en droit interne canadien en vertu de la *Loi sur le transport des marchandises par eau*, dont le troisième alinéa de l'article III(6) décharge de toute responsabilité le

defendant began its action over one year following the scheduled arrival. The one-year delay runs from delivery, not discharge and delivery takes place on the day that the last piece of cargo, the seventh container in this case, has been discharged and actually or constructively delivered. The defendant stated that the seventh container was delivered in the first week of July 1998. Given that the defendant filed its defence and counterclaim on June 18, 1999, the defendant began its action within one year of the delivery and therefore the counterclaim was not prescribed under the Hague-Visby Rules.

(3) Hague-Visby Rules, Article III(2) requires the carrier to properly and carefully load, handle, stow, keep, care for and discharge the goods carried. This duty at loading is very broad. It means that the cargo is loaded safely, that it is loaded without delay and stowed in such a manner that it can be found for quick and safe discharge. The three principles of proof running through the cases dealing with the Rules are: (1) the carrier is *prima facie* liable for loss or damage to cargo received in good order and out-turned short or in bad order; (2) the parties are in general required to make proof of whatever facts are available to them; and (3) the onus of proof means making proof to a reasonable degree. After reviewing what each party had proved, the Court concluded that the plaintiff was negligent in handling the seventh container. However, the defendant shared a part of the responsibility when it asked that the bill of lading be signed even though only six of the seven containers had arrived, thus causing problems with the Iranian customs.

The plaintiff's responsibility was not limited by the clauses in the bill of lading. Hague-Visby Rules, Article III(8) provides that any clause in a contract of carriage relieving the carrier or the ship from liability for damage to goods arising from negligence shall be null and void.

transporteur et le navire, sauf si une action est intentée dans l'année de délivrance des marchandises ou de la date à laquelle elles auraient dû être délivrées. Suivant la demanderesse, la défenderesse avait introduit son action plus d'un an après l'arrivée prévue de la cargaison. Le délai de prescription d'un an commence à courir à la date de livraison et non à la date du déchargement, et la livraison a lieu le jour où les dernières marchandises, en l'occurrence, le septième conteneur, sont déchargées et sont effectivement ou présumément livrées. La défenderesse affirmait que le septième conteneur avait été livré au cours de la première semaine de juillet 1998. Compte tenu du fait que la défenderesse avait déposé sa défense et demande reconventionnelle le 18 juin 1999, la défenderesse a introduit son action dans l'année de la livraison et, en conséquence, la demande reconventionnelle de la défenderesse n'est pas prescrite en vertu des règles de La Haye-Visby.

3) L'article III(2) des règles de La Haye-Visby oblige le transporteur à procéder de façon appropriée et soigneuse au chargement, à la manutention, à l'arrimage, au transport, à la garde, aux soins et au déchargement des marchandises transportées. Cette obligation lors du chargement est vaste. Elle signifie que la cargaison doit être chargée dans de bonnes conditions de sécurité, qu'elle est chargée sans retard et qu'elle est arrimée de manière qu'on puisse la trouver pour la décharger rapidement et sans danger. En matière de demandes d'indemnité pour pertes ou avaries de marchandises, il existe trois principes de preuve qui reviennent constamment dans toute la jurisprudence relative aux règles de La Haye-Visby: 1) le transporteur est présumé responsable de la perte ou de l'avarie subie par les marchandises reçues en bon état lorsqu'elles sont constatées manquantes ou débarquées en mauvais état; 2) les parties sont en règle générale tenues de faire la preuve de tous les faits dont elles ont eu connaissance; 3) la charge de la preuve oblige à rapporter la preuve des faits dans la mesure du raisonnable. Après avoir examiné la preuve de chacune des parties, la Cour conclut que la demanderesse a fait preuve de négligence lors de la manutention du septième conteneur. La défenderesse a toutefois une part de responsabilité en raison du fait qu'elle a demandé que le connaissement soit signé même si seulement six des sept conteneurs avaient été livrés, causant ainsi des problèmes avec les douaniers iraniens.

La responsabilité de la demanderesse n'est pas limitée par les clauses du connaissement. L'article III(8) des règles de La Haye-Visby dispose que toute clause dans un contrat de transport exonérant le transporteur ou le navire de responsabilité pour perte ou dommage concernant des marchandises provenant de négligence est nulle, non avenue et sans effet.

But the counterclaim failed because the defendant failed to provide any evidence of damages. The evidence regarding the cost of transferring, storage, insurance and handling of the first six containers was not sufficient to establish on the balance of probabilities that the defendant suffered these losses. There was no invoice from the warehouse, no details as to how the various fees were calculated, and no dates were provided regarding the time of storage. These details should have been available to the defendant, and should have been submitted into evidence. The defendant also failed to demonstrate on a balance of probabilities that it paid US\$15,000 to its client for the reinspection of the cargo. The only evidence of out-of-pocket expenses incurred by the defendant was a statement in an affidavit as to the amount. No documents were provided in support thereof. That contention without any other explanation was not sufficient to establish on a balance of probabilities that the amount was incurred or paid. Since no evidence was provided in support of the allegation that the defendant incurred legal fees because of the plaintiff's negligence, the defendant was not entitled to reimbursement of those fees. Although there was evidence of a claim for replacement of units found defective as a result of damage suffered in prolonged shipping, no evidence was adduced regarding how the claim was dealt with. The claim by the defendant for banking charges and interest was not substantiated. As to the claim for loss of profit, the evidence was insufficient to conclude that binding contracts were reached between the defendant and its client. In any event, even if valid contracts had been concluded, the evidence did not establish, on a balance of probabilities, that the contracts were lost because of the plaintiff's negligence.

La défenderesse est déboutée de sa demande reconventionnelle parce qu'elle n'a présenté aucune preuve pour établir ses dommages. Les éléments de preuve qu'elle a soumis au sujet des frais de transfert, d'entreposage, d'assurance et de manutention des six premiers conteneurs ne sont pas suffisants pour établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'elle a subi les dommages en question. Il n'y a pas de facture de l'entrepôt, de détails sur la façon dont les divers frais ont été calculés ou de date au sujet de la durée de l'entreposage. La défenderesse aurait dû être au courant de ces détails et elle aurait dû les soumettre en preuve. La défenderesse n'a pas réussi non plus à démontrer selon la prépondérance des probabilités qu'elle a versé la somme de 15 000 \$US à son client pour la réinspection de la cargaison. Le seul élément de preuve au sujet des débours de la défenderesse est une déclaration, dans un affidavit, au sujet de leur montant. Aucun document n'a été soumis à l'appui de cet argument. Sans plus d'explications, cette affirmation n'est pas suffisante pour établir selon la prépondérance des probabilités que cette somme a été engagée ou payée. Comme aucun élément de preuve n'a été soumis pour appuyer l'allégation que la défenderesse a engagé des honoraires d'avocat en raison de la négligence de la demanderesse, la défenderesse n'a pas droit au remboursement de ses frais. Bien que la preuve tende à démontrer qu'une réclamation a été formulée pour obtenir le remplacement des pneus défectueux (en raison de la longue période au cours de laquelle ils sont demeurés dans les conteneurs), aucun élément de preuve n'a été présenté au sujet de la suite qui a été donnée à une telle réclamation. Au sujet des frais et intérêts bancaires, il n'y a aucun élément de preuve qui justifie la somme réclamée. Quant au présumé manque à gagner, il n'y a aucune preuve qu'un contrat exécutoire a été conclu entre la défenderesse et son client. Même si des contrats avaient été valablement conclus, la preuve n'établit pas, selon la prépondérance des probabilités, que les contrats ont été perdus en raison de la négligence de la demanderesse.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Carriage of Goods by Water Act, S.C. 1993, c. 21, s. 7(1).

Hague-Visby Rules, being Schedule I to the *Carriage of Goods by Water Act*, S.C. 1993, c. 21, Sch. I, art. III(2),(6),(8), IV(2)(g), VII.

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 189(1).

International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading and Protocol of Signature, Brussels, August 25, 1924 ("Hague Rules").

LOIS ET RÈGLEMENTS

Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance et Protocole de signature, Bruxelles, 25 août 1924 («Règles de La Haye»).

Loi sur le transport de marchandises par eau, L.C. 1993, ch. 21, art. 7(1).

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 189(1).

Règles de la Haye-Visby, qui constituent l'annexe I de la *Loi sur le transport de marchandises par eau*, L.C. 1993, ch. 21, ann. I, art. III(2),(6),(8), IV(2)(g), VII.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

S/S Steamship Co. v. Eastern Carribean Container Line S.A., [1986] 2 F.C. 27; (1986), 26 D.L.R. (4th) 472; 66 N.R. 74 (C.A.); *Pantainer Ltd. v. 996660 Ontario Ltd. (c.o.b. Molisana Imports)* (2000), 5 B.L.R. (3d) 237; 183 F.T.R. 211 (F.C.T.D.); *Loeb v. S.S. Washington Mail*, 150 F. Supp. 207 (S.D. N.Y. 1956); *Francosteel Corp. v. Fednav Ltd.* (1990), 37 F.T.R. 184 (F.C.T.D.).

AUTHORS CITED

Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 3rd ed. Montréal: Yvon Blais, 1988.

ACTION for recovery of unpaid ocean freight and related charges for the carriage by sea of nine containers of tires from Toronto to Bandar Abbas; counterclaim for damages arising from breach of contract and/or negligence in the carriage by sea of seven containers of tires under an earlier bill of lading. Action allowed, and counterclaim dismissed for failure to provide evidence of damages.

APPEARANCES:

J. Kenrick Sproule for plaintiff.
Stephen M. Turk for defendant.

SOLICITORS OF RECORD:

Sproule & Pollack, Montréal, for plaintiff.
Davis & Turk, Toronto, for defendant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] BLAIS J.: This is a simplified action by Mediterranean Shipping Company (the plaintiff), for recovery of unpaid ocean freight and related charges in relation to the carriage by sea of nine containers.

[2] In its defence, Sipco Inc. (the defendant) has pleaded a legal and equitable set-off as a result of damages it incurred arising from the carriage by sea of seven sea containers. The defendant also issued a counterclaim for losses that resulted to it because of the plaintiff's breach of contract/negligence in relation

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

S/S Steamship Co. c. Eastern Carribean Container Line S.A., [1986] 2 C.F. 27; (1986), 26 D.L.R. (4th) 472; 66 N.R. 74 (C.A.); *Pantainer Ltd. c. 996660 Ontario Ltd. (exerçant son activité sous le nom de Molisana Imports)* (2000), 5 B.L.R. (3d) 237; 183 F.T.R. 211 (C.F. 1^{re} inst.); *Loeb v. S.S. Washington Mail*, 150 F. Supp. 207 (S.D. N.Y. 1956); *Francosteel Corp. c. Fednav Ltd.* (1990), 37 F.T.R. 184 (C.F. 1^{re} inst.).

DOCTRINE

Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 3rd ed., Montréal, Yvon Blais, 1988.

ACTION en paiement du fret maritime et de frais connexes pour le transport par mer de neuf conteneurs de pneus entre Toronto et Bandar Abbas; demande reconventionnelle pour dommages subis en raison de la violation du contrat et/ou de la négligence lors du transport par mer de sept conteneurs de pneus en vertu d'un connaissance antérieur. L'action est accueillie et la demande reconventionnelle est rejetée pour défaut de prouver les dommages.

ONT COMPARU:

J. Kenrick Sproule pour la demanderesse.
Stephen M. Turk pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Sproule & Pollack, Montréal, pour la demanderesse.
Davis & Turk, Toronto, pour la défenderesse.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[1] LE JUGE BLAIS: La Cour est saisie d'une action simplifiée introduite par Mediterranean Shipping Company (la demanderesse) en vue d'obtenir le paiement du fret maritime et des frais connexes qui lui sont dus pour le transport par mer de neuf conteneurs.

[2] Dans sa défense, Sipco Inc. (la défenderesse) a plaidé la compensation en common law et en equity en invoquant les dommages qu'elle a subis lors du transport par mer de sept conteneurs maritimes. La défenderesse a également introduit une demande reconventionnelle pour les pertes qu'elle affirme avoir

to the January 20, 1998 shipment of the seven sea containers and corresponding bill of lading. The losses claimed by the defendant in its counterclaim are in excess of the set-off pleaded as a defence.

FACTS

Principal claim

[3] The plaintiff, a contractual carrier, claims the amount of C\$43,189.88 and interest on the basis that the defendant owes it the amount of US\$30,150, representing ocean freight and related charges in relation to the carriage by sea of nine containers said to contain 462 units heavy-duty off-road tires from Toronto to Bandar Abbas, Persian Gulf, under ocean bill of lading MSCU-MO82233585 dated April 22, 1998, at Montréal.

[4] The plaintiff explains that the defendant has refused and/or neglected to pay the plaintiff the aforesaid sum of US\$30,150, despite having been put duly on notice to do so by the plaintiff on repeated occasions.

Statement of defence and counter claim

[5] The defendant explains that on January 20, 1998, under ocean bill of lading MSCU-MO7499293, it shipped, from Toronto to Bandar Abbas, Persian Gulf, with the plaintiff, seven sea containers containing tires valued at approximately US\$250,000. The shipment of the seven sea containers was one shipment out of many to a customer in Iran, which fact was known to the plaintiff.

[6] The defendant further explains that six of the seven sea containers arrived at Bandar Abbas according to schedule. However, one sea container never arrived according to the schedule and as contracted for. Rather, the seventh sea container remained in Halifax, Nova Scotia, and eventually arrived at Bandar Abbas, sometime in early July 1998,

subies en raison des présumés manquements au contrat et de la négligence dont la demanderesse se serait rendue coupable lors de l'expédition, le 20 janvier 1998, des sept conteneurs maritimes et de la violation par la demanderesse du connaissement correspondant. Les pertes alléguées par la défenderesse dans sa demande reconventionnelle sont supérieures au montant de la compensation invoquée à titre de moyen de défense.

FAITS

Demande principale

[3] La demanderesse, un transporteur contractuel, réclame la somme de 43 189,88 \$CAN, avec intérêts, au motif que la défenderesse lui doit la somme de 30 150 \$US, qui représente le fret maritime et les frais connexes relatifs au transport par mer de neuf conteneurs qui auraient contenu 462 pneus tout-terrains entre Toronto et Bandar Abbas, dans le golfe Persique, aux termes du connaissement n° MSCU-MO82233585, signé le 22 avril 1998 à Montréal.

[4] La demanderesse explique que la défenderesse a refusé et/ou négligé de lui payer la somme susmentionnée de 30 150 \$US malgré le fait qu'elle l'a dûment mise en demeure à plusieurs reprises de s'exécuter.

Défense et demande reconventionnelle

[5] La défenderesse explique que, le 20 janvier 1998, aux termes du connaissement n° MSCU-MO7499293, elle a expédié à la demanderesse, de Toronto à Bandar Abbas, dans le golfe Persique, sept conteneurs maritimes dans lesquels se trouvaient des pneus évalués à environ 250 000 \$US. La livraison des sept conteneurs maritimes s'inscrivait dans le cadre d'une série de livraisons effectuées à un client iranien, ce que la demanderesse savait.

[6] La défenderesse explique en outre que six des sept conteneurs maritimes sont arrivés à Bandar Abbas dans les délais prévus. Cependant, un des conteneurs n'est pas arrivé à destination selon l'échéancier prévu et les modalités du contrat. Le septième conteneur maritime est en effet demeuré à Halifax, en Nouvelle-Écosse, et a fini par arriver à Bandar Abbas

months after its scheduled arrival.

[7] As a result of the mis-shipment, the first six containers shipped were unable to clear customs due to the fact that the documentation associated with the shipment, as prepared by the plaintiff, indicated that seven containers were to be cleared.

[8] The defendant was first informed of the mis-shipment by its customer in Iran and immediately advised the plaintiff of the problem which in turn led to the locating of the missing container and its ultimate delivery to Bandar Abbas. The plaintiff had in fact lost track of the seventh container and had no record indicating that this one container was still in the shipyard in Halifax.

THE PLAINTIFF'S POSITION

Principal claim

[9] The plaintiff claims:

- (a) The amount of C\$43,189.88;
- (b) Interest at the Bank of Canada Prime commercial lending rate calculated from April 22, 1998 until payment;
- (c) Costs of the action.

[10] The plaintiff is of the view that the amount of US\$30,150 is equivalent to no less than C\$43,189.88 and that the defendant is well and truly indebted to plaintiff in the amount of no less than C\$43,189.88.

Statement of defence and counterclaim

[11] In its reply and statement of defence to the counterclaim, the plaintiff submits that the allegations regarding the set-off are irrelevant and illegally pleaded since the allegations are in respect of a different contract of carriage, which is not the subject of the present action and, more particularly, is unrelated to the plaintiff's claim for freight.

[12] The plaintiff explains that the defendant is not entitled to set-off any alleged claim for breach of contract or negligence against the plaintiff's claim for freight because:

au début de juillet 1998, plusieurs mois après la date prévue de son arrivée.

[7] En raison de cette erreur de livraison, il n'a pas été possible de dédouaner les six premiers conteneurs à cause du fait que, suivant les documents établis par la demanderesse au sujet de la cargaison, sept conteneurs devaient passer la douane.

[8] La défenderesse a été mise au courant de l'erreur de livraison par son client iranien et a immédiatement signalé le problème à la demanderesse, à la suite de quoi le conteneur manquant a été retrouvé et a finalement été livré à Bandar Abbas. La demanderesse avait en fait perdu la trace du septième conteneur et ne disposait d'aucune information indiquant que ce conteneur se trouvait toujours au chantier maritime de Halifax.

THÈSE DE LA DEMANDERESSE

Demande principale

[9] La demanderesse réclame ce qui suit:

- a) La somme de 43 189,88 \$CAN;
- b) Les intérêts au taux préférentiel de la Banque du Canada, calculés entre le 22 avril 1998 et la date du paiement;
- c) Les dépens de l'action.

[10] La demanderesse estime que la somme de 30 150 \$US équivaut au moins à 43 189,88 \$CAN et que la défenderesse lui doit effectivement et en réalité au moins 43 189,88 \$CAN.

Défense et demande reconventionnelle

[11] Dans sa réponse et sa défense à la demande reconventionnelle, la demanderesse affirme que les moyens tirés de la compensation ne sont pas pertinents et qu'ils sont mal fondés, étant donné qu'ils se rapportent à un contrat de transport différent, qui ne fait pas l'objet de la présente action et qui, plus particulièrement, est sans rapport avec la créance sur fret de la demanderesse.

[12] La demanderesse explique que la défenderesse n'a pas le droit d'opérer compensation entre sa présumée créance fondée sur les manquements au contrat ou la négligence qu'elle lui reproche et la

(a) The terms and conditions of the relevant contract of carriage provide that no set-off exists against the carrier's claim for freight as appears from clause 16 of the relevant bill of lading;

(b) The claim for damages resulting from an alleged breach of contract or negligence cannot be set-off against a claim for freight and this in virtue of the applicable law;

(c) The claim for damages which the defendant seeks to set-off against the plaintiff's claim for freight is unrelated to the contract of carriage in virtue of which the plaintiff has instituted the proceedings in recovery of unpaid freight.

[13] In defence to the defendant's counterclaim, the plaintiff states that the terms and conditions respecting the contract of carriage which is the subject of the plaintiff's principal claim, and which also govern the contract of carriage in virtue of which the defendant has counterclaimed for damages, provide that any claim for freight is always due to the plaintiff whether the vessel of goods arrive at port of destination or not, whether one or the other be lost during the voyage, or whether the goods arrive damaged or short.

[14] Moreover, the plaintiff is entitled to payment of the whole freight from the defendant and defendant has in no case the right to deduct from the freight or to set-off against the freight any claim it should have against the plaintiff, including shortage or damage, as appears from clause 16 of the relevant bills of lading.

[15] Subsidiarily, the plaintiff submits that clause 1 of the relevant bills of lading provides that the terms and conditions thereof are subject to the Hague Rules [*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading and*

créance sur fret de la demanderesse pour les raisons suivantes:

a) Les modalités du contrat de transport applicable prévoient que la créance sur fret du transporteur ne peut faire l'objet d'une compensation, ainsi qu'il est stipulé à l'article 16 du connaissement applicable;

b) La demande de dommages-intérêts fondée sur les manquements au contrat ou sur la négligence reprochés à la demanderesse ne peut faire l'objet d'une compensation avec une créance sur fret, selon les règles de droit applicable;

c) La demande de dommages-intérêts dont la défenderesse cherche à opposer la compensation avec la créance sur fret de la demanderesse est sans rapport avec le contrat de transport en vertu duquel la demanderesse a introduit son action en recouvrement du fret impayé.

[13] En réponse à la demande reconventionnelle de la défenderesse, la demanderesse affirme que les modalités du contrat de transport qui fait l'objet de la demande principale de la demanderesse et qui régissent également le contrat de transport sur lequel la défenderesse fonde sa demande reconventionnelle en dommages-intérêts prévoient que le fret est toujours dû à la demanderesse, que le bâtiment qui transporte les marchandises arrive ou non à destination, que des marchandises se perdent au cours du voyage et que les marchandises subissent des avaries en cours de transport ou qu'il y ait des manquants à l'arrivée.

[14] La demanderesse affirme en outre qu'elle a le droit d'être payée pour la totalité du fret par la défenderesse et que celle-ci n'a en aucun cas le droit d'opérer compensation entre le fret et la créance qu'elle peut avoir contre la demanderesse, y compris en cas de manquants ou d'avaries à l'arrivée, ainsi qu'il ressort de l'article 16 des connaissements pertinents.

[15] À titre subsidiaire, la demanderesse affirme que l'article premier des connaissements pertinents stipule que ses modalités sont assujetties aux règles de La Haye [*Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement et*

Protocol of Signature, Brussels, August 25, 1924] and/or the Hague-Visby Rules [being Schedule I of the *Carriage of Goods by Water Act*, S.C. 1993, c. 21].

[16] Consequently, the damages claimed, if any, which may have occurred by reason of the alleged late delivery of one container resulted from a cause for which the carrier would have no liability under the Hague or Hague-Visby Rules, namely:

- Perils of the sea;
- Act or omission of the shipper or owner of the goods, his agent or representative;
- Insufficiency of packing;
- Inherent defect, quality or vice of the goods;
- Any other cause arising without the actual fault or privity of the carrier and without the fault or neglect of the servants of carrier.

[17] Furthermore, the carrier/plaintiff is entitled to limit its liability pursuant to the terms and conditions of the relevant bills of lading and as prescribed by the Hague and Hague-Visby Rules.

[18] In any event, the plaintiff alleges that the damages claimed are grossly exaggerated and are far in excess of the damages which the shipment would have suffered by the time it was discharged from the vessel and/or delivered under the bills of lading.

[19] Moreover, the present action was commenced more than one year after the shipment, which is the subject of the defendant's counterclaim, was delivered at the port of discharge.

[20] The action is, on its face, prescribed in virtue of the Hague Rules or the Hague-Visby Rules. The plaintiff pleads the application of Canadian maritime law and avails itself of all terms, conditions, notations made on the relevant bills of lading which apply in its favour.

Protocole de signature, Bruxelles, 25 août 1924] et/ou aux Règles de La Haye-Visby [qui constituent l'annexe I de la *Loi sur le transport des marchandises par eau*, L.C. 1993, ch. 21].

[16] En conséquence, les dommages qui ont pu se produire en raison de la présumée livraison en retard d'un des conteneurs sont imputables à une cause au sujet de laquelle les règles de La Haye ou des règles de La Haye-Visby exonèrent le transporteur de toute responsabilité, en l'occurrence:

- périls de la mer;
- acte ou omission du chargeur ou propriétaire des marchandises, de son agent ou représentant;
- insuffisance d'emballage;
- vices cachés ou vices propres de la marchandise;
- toute autre cause ne provenant pas du fait ou de la faute du transporteur ou du fait ou de la faute de ses agents ou préposés.

[17] Le transporteur (la demanderesse) a de plus le droit de limiter sa responsabilité conformément aux modalités des connaissements pertinents et selon les dispositions des règles de La Haye et des règles de La Haye-Visby.

[18] En tout état de cause, la demanderesse affirme que les dommages allégués sont extrêmement exagérés et qu'ils dépassent de beaucoup les avaries que la cargaison aurait subies lorsqu'elle a été déchargée du navire et/ou livrée aux termes des connaissements.

[19] Qui plus est, la présente action a été introduite plus d'un an après la livraison, au port de déchargement, de la cargaison visée par la demande reconventionnelle de la défenderesse.

[20] L'action serait à première vue prescrite en vertu des règles de La Haye ou des règles de La Haye-Visby. La demanderesse invoque l'application du droit maritime canadien et se prévaut de toutes les modalités, conditions et mentions figurant sur les connaissements pertinents qui s'appliquent en sa faveur.

THE DEFENDANT'S POSITION

Statement of defence and counterclaim

[21] The defendant alleges that the plaintiff breached its contract with the defendant to properly ship and deliver the seven sea containers to the defendant's customer in Bandar Abbas. The defendant also contends in alternative that the plaintiff was negligent in handling the seven sea containers.

[22] As a result of the breach of contract/negligence with respect to the mis-shipment of the seven sea containers, the defendant incurred damages for which it is entitled in law and equity to claim a set-off against the claims of the plaintiff. The defendant explains that it was subject to charge backs by its customer in Iran and other expenses such as:

- Costs of transferring, storage, insurance and handling of the first six containers which could not be cleared by customs until the seventh container arrived: US\$9,334;
- Cost of reinspection of the seven containers due to interruption of the proper and timely custom clearance claimed by the Iranian customer and out-of-pocket expenses for the defendant's representative to travel to Bandar Abbas: US\$16,750;
- Legal fees incurred in Iran: US\$2,900;
- Replacement CIF Value of Defective Units (defects having been caused by the extended time (six months) the tires remained in the containers): US\$29,754;
- Banking charges and interest incurred as a result of a performance bond guarantee in the amount of US\$104,000 which had to be kept in place as collateral by the Iranian customer—US\$4,183.

[23] The total of the set-off claimed is US\$62,921.

[24] The defendant pleads that it kept the plaintiff fully apprised of all events surrounding the mis-

THÈSE DE LA DÉFENDERESSE

Défense et demande reconventionnelle

[21] La défenderesse affirme que la demanderesse n'a pas exécuté le contrat aux termes duquel elle s'était engagée envers la défenderesse à transporter et à livrer les sept conteneurs maritimes au client de la défenderesse à Bandar Abbas. La défenderesse soutient également à titre subsidiaire que la demanderesse a fait preuve de négligence lors de la manutention des sept conteneurs maritimes.

[22] En raison des manquements au contrat et de la négligence dont la demanderesse s'est rendue coupable lors du transport des sept conteneurs maritimes, la défenderesse a subi des dommages pour lesquels elle a le droit, en common law et en *equity*, d'opérer compensation entre sa créance et celle de la demanderesse. La défenderesse explique que son client iranien lui a réclamé des frais de même que d'autres dépenses tels que:

- frais de transfert, d'entreposage, d'assurance et de manutention des six premiers conteneurs qui n'ont pu être dédouanés qu'après l'arrivée du septième conteneur: 9 334 \$US;
- frais de réinspection des sept conteneurs en raison de l'interruption du dédouanement régulier et en temps opportun des conteneurs réclamés par le client iranien et débours engagés pour permettre au représentant de la défenderesse de se rendre à Bandar Abbas: 16 750 \$US;
- honoraires d'avocats engagés en Iran: 2 900 \$US;
- valeur de remplacement CAF des articles défectueux (en raison de la longue période (six mois) au cours de laquelle les pneus sont demeurés dans les conteneurs): 29 754 \$US;
- frais et intérêts bancaires résultant de la signature d'un cautionnement d'exécution d'un montant de 104 000 \$US que le client iranien devait consentir à titre de garantie: 4 183 \$US.

[23] La somme totale dont la défenderesse réclame la compensation s'élève à 62 921 \$US.

[24] La défenderesse affirme qu'elle a tenu la demanderesse parfaitement au courant de tous les

shipment and its dealings with its Iranian customer and that on a number of occasions the plaintiff's representative advised, acknowledged and warranted to the defendant that it would fully reimburse the defendant for all charges and expenses incurred in relation to the mis-shipment.

[25] The defendant also claims by counterclaim damages as follows:

(a) Damages for breach of contract and/or negligence and/or breach of warranty in the amount of US\$32,771 after the set-off amounts listed above or US\$62,921 before the set-off amounts listed above;

(b) Damages for loss of profit in the amount of US\$150,000, amended at the hearing to US\$192,265;

(c) Interest at the Bank of Canada Prime commercial lending rate calculated;

(d) Costs on a solicitor and client basis.

[26] The defendant in its counterclaim relies on the allegations set out in the statement of defence.

[27] As a result of the breach of contract and/or negligence of the plaintiff with respect to the shipment of the seven containers, all of which is set out above, the defendant was unable to secure a reorder from its Iranian customer as envisaged and approved and as a result lost profits on a new transaction concerning the sale of OTR tires valued at US\$2,300,000. Said sale would have allowed for a gross profit of US \$150,000, amended at the hearing to US \$192,265 which the defendant now claims against the plaintiff in law and equity.

ISSUES

1. Does the defendant owe the plaintiff the amount of US\$30,150, representing ocean freight and related

événements entourant les problèmes d'expédition et ses rapports avec son client iranien. Elle ajoute qu'à plusieurs reprises, le représentant de la demanderesse a déclaré, reconnu et garanti à la défenderesse que la demanderesse rembourserait intégralement à la défenderesse tous les frais et toutes les dépenses engagés en raison des problèmes d'expédition.

[25] La défenderesse réclame également dans sa demande reconventionnelle les dommages-intérêts suivants:

a) Dommages-intérêts pour inexécution de contrat et/ou négligence et/ou inobservation de garantie pour la somme de 32 771 \$US, après compensation des sommes susmentionnées, ou pour la somme de 62 921 \$US avant compensation des sommes en question;

b) dommages-intérêts pour manque à gagner pour la somme de 150 000 \$US, qui a été portée à 192 265 \$US à l'audience;

c) intérêts calculés au taux préférentiel de la Banque du Canada;

d) les dépens extrajudiciaires.

[26] Dans sa demande reconventionnelle, la défenderesse se fonde sur les allégations articulées dans la défense.

[27] Par suite des manquements au contrat et/ou la négligence de la demanderesse relativement à l'expédition des sept conteneurs, dont les détails ont déjà été exposés, la défenderesse n'a pas réussi à obtenir d'autres commandes de sa cliente iranienne, contrairement à ce qui avait été envisagé et approuvé, et a de ce fait subi un manque à gagner relativement à une nouvelle opération portant sur une vente de pneus tout-terrains évaluée à 2 300 000 \$US. Cette vente lui aurait permis de réaliser un bénéfice brut de 150 000 \$US, somme qui a été modifiée au procès et qui a été portée à 192 265 \$US, que la défenderesse réclame maintenant à la demanderesse en common law et en *equity*.

QUESTIONS EN LITIGE

1. La défenderesse doit-elle à la demanderesse la somme de 30 150 \$US, qui représente le fret maritime

charges in relation to the carriage by sea of nine containers said to contain 462 units heavy-duty off-road tires from Toronto to Bandar Abbas, Persian Gulf under ocean bill of lading MSCU-MO82233585?

2. Is the defendant entitled to set-off the plaintiff's claim on the basis of the damages allegedly incurred by the defendant when the plaintiff allegedly breached its contract with the defendant or acted negligently in shipping and delivering seven sea containers to the defendant's customer in Bandar Abbas pursuant to ocean bill of lading MSCU-MO7499293?

3. Did the plaintiff breach its contract with the defendant or was the plaintiff negligent in handling the seven sea containers and did the defendant incur damages?

ANALYSIS

1. Does the defendant owe the plaintiff the amount of US\$30,150, representing ocean freight and related charges in relation to the carriage by sea of nine containers said to contain 462 units heavy duty off-road tires from Toronto to Bandar Abbas, Persian Gulf under ocean bill of lading MSCU-MO82233585?

[28] The defendant did not dispute the fact that the plaintiff incurred those charges and that the defendant did not pay the plaintiff for these charges. However, the plaintiff has the burden of proving that the defendant owes it the charges it alleges.

[29] There is evidence relating to the carriage by sea of the nine containers at Tab 4 of the plaintiff's answers to the written examination. The 12th document at tab 4 is the Booking Reference for the shipment under ocean bill of lading MSCU-MO82233585.

[30] The 29th document is a description of the shipment where the price of US\$ 30,150 appears.

[31] The 30th document is the bill of lading MSCU-MO82233585 rider.

et les frais connexes pour le transport par mer de neuf conteneurs qui auraient contenu 462 pneus tout-terrains entre Toronto et Bandar Abbas, dans le golfe Persique, aux termes du connaissement n° MSCU-MO82233585?

2. La défenderesse a-t-elle le droit d'opérer compensation entre sa créance et la créance de la demanderesse en raison des dommages qu'elle aurait subis par suite de la violation par la demanderesse du contrat qu'elle a conclu avec elle ou de la négligence de la demanderesse lors du transport et de la livraison de sept conteneurs maritimes au client de la défenderesse à Bandar Abbas aux termes du connaissement n° MSCU-MO7499293?

3. La demanderesse a-t-elle violé le contrat qu'elle a conclu avec la défenderesse ou a-t-elle fait preuve de négligence lors de la manutention des sept conteneurs maritimes et la défenderesse a-t-elle subi des dommages?

ANALYSE

1. La défenderesse doit-elle à la demanderesse la somme de 30 150 \$US, qui représente le fret maritime et les frais connexes pour le transport par mer de neuf conteneurs qui auraient contenu 462 pneus tout-terrains entre Toronto et Bandar Abbas, dans le golfe Persique, aux termes du connaissement n° MSCU-MO82233585?

[28] La défenderesse ne conteste pas le fait que la demanderesse a engagé les frais en question et que la défenderesse ne les lui a pas remboursés. Il incombe toutefois à la demanderesse de prouver que la défenderesse lui doit les frais qu'elle réclame.

[29] On trouve à l'onglet 4 des réponses de la demanderesse à l'interrogatoire écrit des éléments de preuve relatifs au transport maritime des neuf conteneurs. Le 12^e document que l'on trouve à l'onglet 4 est la référence de réservation concernant l'expédition des marchandises aux termes du connaissement MSCU-MO82233585.

[30] Le 29^e document est une description de l'expédition. La mention du prix de 30 150 \$US y figure.

[31] Le 30^e document est un avenant au connaissement MSCU-MO82233585.

[32] Considering the evidence before the Court and admissions by the parties, I have no hesitation to conclude that the defendant owes the plaintiff the amount of US\$30,150.

2. Is the defendant entitled to set-off the plaintiff's claim on the basis of the damages allegedly incurred by the defendant when the plaintiff allegedly breached its contract with the defendant or acted negligently in shipping and delivering seven sea containers to the defendant's customer in Bandar Abbas pursuant to ocean bill of lading MSCU-MO7499293?

[33] W. Tetley in *Marine Cargo Claims*, 3rd ed. (Montréal: Yvon Blais, 1988) defined set-off as follows at page 894:

Set-off today can be defined as the right of a debtor to claim that his liquidated debt due to a creditor shall be expunged by another liquidated debt (or part thereof) due by the creditor to him.

[34] W. Tetley explains the Canadian law regarding set-off at pages 904-908:

1) Introduction

The Canadian law regarding set-off of a claim for cargo loss or damage against a claim for freight has been inconsistent, first leaning towards the American position, but later drawing nearer to the English position. Earlier decisions, both in respect to carriage by sea and inland transport, permitted set-off for loss or damage to cargo as against a claim for freight. No judgment has suggested, however, that the set-off could take place after the one-year delay for suit of the Hague Rules had expired.

Although the Federal Court Rules and the principle of equitable set-off have been invoked to permit set-off, two appellate court decisions have ruled against a cargo damage claim being used to set-off a claim for freight.

2) The Right to Freight

As in England and the United States, freight is due in Canada upon delivery even if the cargo is damaged, unless

[32] Compte tenu des éléments de preuve soumis à la Cour et des faits admis par les parties, je conclus sans hésiter que la défenderesse doit à la demanderesse la somme de 30 150 \$US.

2. La défenderesse a-t-elle le droit d'opérer compensation entre sa créance et la créance de la demanderesse en raison des dommages qu'elle aurait subis par suite de la violation par la demanderesse du contrat qu'elle a conclu avec elle ou de la négligence de la demanderesse lors du transport et de la livraison de sept conteneurs maritimes au client de la défenderesse à Bandar Abbas aux termes du connaissement n° MSCU-MO7499293?

[33] Voici en quels termes l'auteur W. Tetley définit la compensation dans son ouvrage *Marine Cargo Claims*, 3^e éd. (Montréal: Yvon Blais, 1988), à la page 894:

[TRADUCTION] On peut de nos jours définir la compensation comme le droit du débiteur d'obtenir l'extinction totale ou partielle de sa dette liquidée en opérant compensation entre sa créance et celle de son créancier.

[34] Tetley retrace l'évolution du droit canadien en matière de compensation aux pages 904 à 908 de son ouvrage:

[TRADUCTION]

1) Introduction

La jurisprudence canadienne relative à la compensation entre les créances sur facultés et les créances sur fret a longtemps été flottante. Nos tribunaux ont d'abord penché pour la position américaine, mais se sont par la suite rapprochés davantage de la position anglaise. Dans les décisions les plus anciennes concernant tant le transport maritime que le transport terrestre, les tribunaux permettaient la compensation entre les créances sur facultés et les créances sur fret. Aucun tribunal n'a toutefois laissé entendre que la compensation pouvait avoir lieu après l'expiration du délai de prescription d'un an prévu par les règles de La Haye pour l'introduction des poursuites.

Bien que les Règles de la Cour fédérale et le principe de la compensation en *equity* aient été invoqués pour permettre la compensation, deux juridictions d'appel se sont prononcées contre la compensation entre les créances sur facultés et les créances sur fret.

2) Le droit au fret

Tout comme en Angleterre et aux États-Unis, le fret est exigible au Canada dès la livraison de la cargaison et ce,

the contract of carriage stipulates the contrary. Usually, the bill of lading or voyage charterparty declares that freight is due «ship or cargo, lost or not lost»; such a stipulation only reiterates the carrier's basic right to freight.

3) Early Canadian Decisions

Early Canadian Admiralty marine decisions permitted set-off for cargo loss or damage against freight. When the cargo claim was contested, both claims were heard at the same time in the form of claim and counterclaim.

Similarly, decisions dealing with land transport have favoured the right of a cargo owner to plead loss or damage to cargo as a defence or counterclaim to an action for freight.

A counterclaim by the carrier for general average contribution was permitted by the Supreme Court of Canada against a claim for cargo damage.

4) The Federal Court Rules

The Federal Court Rules presently and historically have encouraged set-off of a claim for loss or damage to cargo against a claim for freight. Rule 418 [now Rule 186] describes a pleading which is similar in many ways to the American defence of recoupment and reads as follows:

«Where a claim by a defendant to a sum of money (whether of any ascertained amount or not) is relied on as a defence to the whole or part of a claim made by the plaintiff, it may be included in the defence by way of compensation or as a set-off against the plaintiff's claim, whether or not it is also added as a counterclaim or cross-demand.»

This rule points out that the defence of set-off may also be added as a counterclaim or cross-demand. Rule 1717 [now Rule 189] reads:

«(1) A defendant in any action who claims that he is entitled to any relief or remedy against a plaintiff in the action in respect of any matter, whenever and however arising, may, instead of bringing a separate action, make a counterclaim or cross-demand in respect of that matter.

même si la cargaison a subi des avaries, à moins que le contrat de transport ne stipule le contraire. Habituellement, le connaissement ou le contrat d'affrètement par charte-partie déclare que le fret est dû «qu'il y ait perte ou non du navire ou de la cargaison,». Cette stipulation ne fait que répéter le droit fondamental du transporteur au paiement du fret.

3) Jurisprudence canadienne antérieure

À l'origine, les tribunaux canadiens compétents en matière d'amirauté permettaient la compensation entre les créances sur facultés et les créances sur fret. En cas de contestation de la créance sur facultés, les deux réclamations étaient instruites en même temps sous forme de demande et de demande reconventionnelle.

De même, les tribunaux saisis de demandes relatives au transport terrestre ont favorisé le droit du propriétaire de la cargaison d'invoquer la perte ou les avaries subies par la cargaison à titre de moyen de défense ou de demande reconventionnelle en réponse à une action en recouvrement du fret.

La Cour suprême du Canada admettait par ailleurs l'introduction d'une demande reconventionnelle par le transporteur pour contribution aux avaries communes en réponse à une demande fondée sur les avaries subies par la cargaison.

4) Les Règles de la Cour fédérale

Les Règles de la Cour fédérale ont toujours favorisé la compensation entre les créances sur fret et les réclamations pour perte ou avaries à la cargaison. L'article 418 [maintenant l'article 186] des Règles vise un acte de procédure qui ressemble à plusieurs égards au moyen de défense du dédommagement qui est reconnu en droit américain. En voici le texte:

«Lorsqu'une demande d'une somme d'argent (d'un montant précisé ou non) faite par un défendeur sert à fonder une défense contre tout ou partie d'une demande faite par le demandeur, elle peut être incluse dans la défense sous forme de compensation ou de *set-off* avec la demande du demandeur, qu'elle soit ou ne soit pas également faite à titre de demande reconventionnelle.»

On constate à la lecture de cette disposition que le moyen de défense tiré de la compensation peut aussi être invoqué dans le cadre d'une demande reconventionnelle. L'article 1717 [maintenant l'article 189] des Règles prévoit pour sa part ce qui suit:

«(1) Un défendeur dans une action qui prétend avoir droit à un redressement contre un demandeur dans l'action relativement à une question qui se pose à n'importe quel moment ou dans n'importe quelles circonstances, peut, au lieu d'intenter une action distincte, faire une demande reconventionnelle relativement à cette question.

(2) A counterclaim or cross-demand shall be included in the same document as the defence.»

...

5) Equitable Set-off

Canadian Admiralty courts have an equitable jurisdiction giving them discretion which they have on occasion tried to use for the purpose of setting off a cargo damage claim against a claim for freight. Equitable set-off has been said to be more accurately described as an «equitable defence» since «the defendant can in equity set up his loss in diminution or extinction of the contract price. It is in the nature of a defence.»

6) The Present Position

The two recent Federal Court of Appeal decisions of *St. Lawrence Construction Ltd. v. Federal Commerce and Navigation Co. Ltd.* and *S/S Steamship Co. Ltd. v. Eastern Caribbean Container Line* seem to have ended the trend that pointed towards a wider application of set-off as a defence in Admiralty claims

Indeed, the trial Judge in *St. Lawrence Construction Ltd.* thought that the question of set-off against unpaid freight charges had become «somewhat academic». He concluded, after referring to a number of decided cases, that there could not be a defence of set-off, since the claim was not liquidated until it was assessed by agreement or by reference. The Court of Appeal sided with the trial Judge and observed that the two Quebec cases relied upon by the respondent in first instance had been well refuted by «the modern cases (which) appear strongly to support the appellant's argument that a set-off against freight is not permitted in a case of this kind.»

The decision of the Federal Court of Appeal in *S/S Steamship Co. Ltd.* also disapproved of the use of set-off as a defence to a claim for freight, but on different grounds. Its reasoning did not make the right to set-off contingent on the fact that the claim was liquidated; rather the Court of Appeal relied on the English Admiralty rule against set-off as being a «substantive rule of long standing which is part of the Canadian maritime law as defined in sect. 2 of the *Federal Court Act*»:

«Canadian maritime law' means the law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act* or any other statute, or that would have been so administered if that Court had had, on its Admiralty side, unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters, as that law has been altered by this or any other Act of

(2) Une demande reconventionnelle doit être comprise dans le même document que les moyens de défense.»

[. . .]

5) Compensation en equity

Les tribunaux d'amirauté canadiens jouissent d'une compétence en *equity* qui leur confère un pouvoir discrétionnaire qu'ils ont à l'occasion tenté d'utiliser pour opérer compensation entre une créance sur facultés et une créance sur fret. La compensation en *equity* serait plus exactement qualifiée de «moyen de défense en *equity*», étant donné que [TRADUCTION] «le défendeur peut, en *equity*, se servir de sa perte pour réduire ou éteindre le prix du contrat. Elle est de la nature d'un moyen de défense.»

6) La position actuelle

Les deux arrêts récents que la Cour d'appel fédérale a rendus dans les affaires *St. Lawrence Construction Ltd. c. Federal Commerce and Navigation Co. Ltd.* et *S/S Steamship Co. Ltd. c. Eastern Caribbean Container Line* semblent avoir mis un terme à la tendance vers une application plus large de la compensation à titre de moyen de défense en droit maritime.

D'ailleurs, dans le jugement *St. Lawrence Construction Ltd.*, le juge de première instance s'est dit d'avis que la question de la compensation du fret impayé était devenue «quelque peu théorique». Il a conclu, après avoir cité plusieurs décisions, qu'il ne pouvait y avoir de moyen de défense fondé sur la compensation, étant donné que la créance n'était liquidée que lorsqu'elle est fixée par convention ou à la suite d'un renvoi. La Cour d'appel s'est ralliée au juge de première instance et a fait observer que les deux jugements du Québec invoqués par l'intimée en première instance avaient été bien réfutés par «la jurisprudence récente qui semble appuyer fortement l'argument de l'appelante suivant lequel il n'est pas permis d'opérer compensation avec le fret en pareil cas.»

Dans l'arrêt *S/S Steamship Co. Ltd.*, la Cour d'appel fédérale a également désapprouvé l'utilisation de la compensation comme moyen de défense à une créance sur fret, mais pour des motifs différents. Dans son raisonnement, la Cour d'appel n'a pas assujéti le droit à la compensation à la liquidation de la créance. La Cour a plutôt statué que la règle d'amirauté anglaise était «une règle de fond établie de longue date qui fait partie du droit maritime canadien tel qu'il est défini à l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*»:

«droit maritime canadien» désigne le droit dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa qualité de juridiction d'amirauté, en vertu de la *Loi sur l'Amirauté* ou de quelque autre loi, ou qui en aurait relevé si cette Cour avait eu, en sa juridiction d'amirauté, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté, compte tenu des modifications apportées à ce

the Parliament of Canada;»

The English Admiralty rule had also been recognized in the trial Judge's decision, but since it «has not been clearly endorsed by the Canadian courts», the trial Judge was «prepared to find that the defence of set-off ought to be allowed . . .».

The basis for the Federal Court of Appeal's refusal to recognize set-off as a defence to a cargo damage claim seems to be in accord with the subsequent definition of «Canadian maritime law» given by the Supreme Court in *The Buenos Aires Maru*:

« . . the term 'Canadian maritime law' includes all that body of law which was administered in England by the High Court on its Admiralty side in 1934 as such law may, from time to time, have been amended by the federal Parliament, and as it has developed through judicial precedent to date.»

Hence, there is a Canadian consensus established that a cargo damage claim cannot be set-off against a carrier's claim for unpaid freight although an English court has permitted equitable set-off against a claim for time charter hire. [Footnotes omitted.]

[35] In *S/S Steamship Co. v. Eastern Caribbean Container Line S.A.*, [1986] 2 F.C. 27 (C.A.), the Federal Court of Appeal concluded that the English admiralty rule against set-off was part of the Canadian maritime law. The Federal Court of Appeal held [at pages 28-30]:

The appellant had obtained judgment by default against Eastern Caribbean Container Line S.A. («Eastern») for the sum of \$111,296.05. It commenced garnishee proceedings against Brunswick International Seafood Ltd. («Brunswick») which allegedly owed a sum of US\$8,700 to Eastern as freight for the carriage of goods under a maritime bill of lading. An order to show cause was issued under Rule 2300(1) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663]. Brunswick appeared in answer to that order and denied its liability. It did not deny having promised to pay Eastern the sum of US\$8,700 as freight for the transportation by ship of a certain quantity of fish from Saint John, New Brunswick, to Port-au-Prince, Haiti; it did not deny, either, that Eastern had in effect transported the fish to its destination. However, it said that Eastern had undertaken to deliver the fish at

droit par la présente loi ou par toute autre loi du Parlement du Canada.»

Le juge de première instance avait également reconnu l'applicabilité de la règle d'amirauté anglaise, mais comme elle n'avait pas «été clairement endossée par les tribunaux canadiens», le juge de première instance s'était dit «disposé à conclure que, en l'espèce, la défense de compensation doit être accueillie» [. . .]

Les motifs invoqués par la Cour d'appel fédérale pour justifier son refus de reconnaître la compensation à titre de moyen de défense dans une demande portant sur des avaries à la cargaison semblent s'accorder avec la définition de l'expression «droit maritime canadien» que la Cour suprême du Canada a donnée par la suite dans l'arrêt *Le Buenos Aires Maru*:

«[. . .] L'expression «droit maritime canadien» comprend donc tout cet ensemble de règles de droit appliquées en 1934 en Angleterre par la Haute Cour, en sa juridiction d'amirauté, qui peuvent avoir été à l'occasion modifiées par le Parlement fédéral et qui se sont développées jusqu'à ce jour au gré des précédents judiciaires.»

Il existe donc au Canada un consensus suivant lequel il n'est pas permis d'opérer compensation entre une créance sur facultés et la créance sur fret du transporteur et ce, même si un tribunal anglais a permis une compensation en *equity* dans le cas d'un loyer d'affrètement à temps. [Renvois omis.]

[35] Dans l'arrêt *S/S Steamship Co. c. Eastern Caribbean Container Line S.A.*, [1986] 2 C.F. 27 (C.A.), la Cour d'appel fédérale a conclu que le principe de droit maritime anglais qui interdisait la compensation faisait partie du droit maritime canadien. La Cour d'appel fédérale a déclaré ce qui suit [aux pages 28 à 30]:

L'appelante avait obtenu un jugement par défaut condamnant Eastern Caribbean Container Line S.A. («Eastern») à lui payer la somme de 111 296,05 \$. Elle a entamé des procédures de saisie-arrêt contre Brunswick International Seafoods Ltd. («Brunswick») dont il était allégué qu'elle devait une somme de 8 700 \$US à Eastern, cette somme représentant le fret prévu dans un connaissance maritime pour le transport de marchandises. Une ordonnance prescrivant à Brunswick d'exposer les raisons pour lesquelles elle ne devrait pas payer a été prononcée conformément à la Règle 2300(1) [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663]. Brunswick, comparaisant pour satisfaire à cette ordonnance, a nié être redevable de cette somme. Elle n'a pas nié avoir promis de payer à Eastern la somme de 8 700 \$US à titre de fret pour le

Port-au-Prince on June 1, 1984, and had in fact, delivered it only on June 26, 1984. Brunswick asserted that, as a result of that delay, it had suffered damages in the amount of US\$12,000 that it was entitled to recover from Eastern. It concluded that, as a result, it owed nothing to Eastern and that, for that reason, the application for a garnishee order should be dismissed.

...

Dubé J. rightly acknowledged [at page 287] that “[a] review of the English common law in admiralty matters discloses that set-off for damages cannot be raised as a defence in an action for freight under a bill of lading”. In his opinion [at page 291], however, that prohibition “has not been clearly endorsed by the Canadian courts” and, for that reason, he was [at page 292] “prepared to find that the defence of set-off ought to be allowed in the instant case”.

In our view, the English admiralty rule here in question is a substantive rule of long standing which is part of the Canadian maritime law as defined in section 2 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10]. The fact that it has not yet “been clearly endorsed by the Canadian Courts” is of no consequence; it is enough that it has not been clearly rejected in any of the cases cited by Dubé J.

He, therefore, should have held that Brunswick could not set off its claim for damages against Eastern’s claim for freight. [Notes omitted.]

[36] In *Pantainer Ltd. v. 996660 Ontario Ltd. (c.o.b. Molisana Imports)* (2000), 5 B.L.R. (3d) 237 (F.C.T.D.), a motion for summary judgment to recover amounts owing by the defendant for freight and ancillary charges was brought by the plaintiffs. The defendant claimed that damage to cargos and financial losses attributed to alleged breaches of contract by the plaintiffs gave it a right to set-off against the claim. Teitelbaum J. concluded [at paragraphs 84-85 and 94]:

The general rule that freight must be paid without deduction, unless the parties have agreed otherwise, is

transport par bateau d’une certaine quantité de poisson de Saint John, au Nouveau-Brunswick, à Port-au-Prince, en Haïti; elle n’a pas non plus nié qu’Eastern ait, en fait, transporté le poisson jusqu’à sa destination. Elle a toutefois dit qu’Eastern s’était engagée à livrer le poisson à Port-au-Prince le 1^{er} juin 1984 et ne l’avait, en fait, livré que le 26 juin 1984. Brunswick a affirmé qu’ayant, à cause de ce retard, subi des dommages s’élevant à 12 000 \$US, elle a le droit de recouvrer cette somme d’Eastern. Elle a conclu que ne devant, en conséquence, rien à Eastern, la demande d’ordonnance de saisie-arrêt devait être rejetée.

[...]

Le juge Dubé a reconnu à bon droit [à la page 287] qu’«[u]n examen de la *common law* anglaise en matière d’amirauté révèle que la compensation des dommages-intérêts ne peut être soulevée comme moyen de défense à une action pour fret dû en vertu d’un *connaissance*». Selon son opinion [à la page 291], toutefois, cette interdiction «n’a pas été clairement endossée par les tribunaux canadiens»; pour ce motif, il dit [à la page 292] être «disposé à conclure que, en l’espèce, la défense de compensation doit être accueillie».

À notre avis, la règle d’amirauté anglaise dont il est question en l’espèce est une règle de fond établie de longue date qui fait partie du droit maritime canadien tel qu’il est défini à l’article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10]. Il importe peu qu’elle n’ait pas «été clairement endossée par les tribunaux canadiens»; il suffit qu’elle n’ait été clairement rejetée dans aucune des décisions mentionnées par le juge Dubé.

Par conséquent, il aurait dû conclure que Brunswick n’avait pas le droit d’opposer la compensation entre sa demande de dommages-intérêts et la réclamation d’Eastern au chef du fret. [Renvois omis.]

[36] Dans l’affaire *Pantainer Ltd. c. 996660 Ontario Ltd. (exerçant son activité sous le nom de Molisana Imports)* (2000), 5 B.L.R. (3d) 237 (C.F. 1^{re} inst.), la Cour était saisie d’une requête en jugement sommaire présentée par les demanderesse en vue de recouvrer des sommes dues par la défenderesse pour le fret et certains frais accessoires. La défenderesse affirmait que les avaries causées à la cargaison et les pertes financières imputables aux présumés manquements au contrat commis par la demanderesse lui donnait le droit d’exiger la compensation entre sa créance et la créance sur fret de la demanderesse. Le juge Teitelbaum a conclu ce qui suit [aux paragraphes 84, 85 et 94]:

La règle générale voulant que le fret soit payé sans aucune déduction, à moins d’une entente contraire entre les

derived from the 1977 case of *Aries Tanker Corporation v. Total Transport Ltd.*, [1977] 1 Lloyd's Rep. 334 (H.L.) often referred to as "The Aries" where Lord Simon of Glaisdale articulated the following at page 340:

Freight, representing the original rule, stands uneroded, like an outcrop of pre-Cambrian amid the detritus of sedimentary deposits. That freight must, in the absence of stipulation to the contrary, be paid without deduction has been stated in successive editions of Scrutton and Carver. Charters have always been negotiated in light of this rule.

In the case at bar, the defendant claims that damage to the cargo and financial losses attributed to alleged breaches of contract by the plaintiffs give it a right to set-off against the freight claim. However, under the terms and conditions of the transport documents, the parties did not agree to contract out of the general rule that the freight charges must be paid without deduction and no penalty clause.

...

I am of the view that there is nothing in the terms and conditions set out by the parties to suggest that the old English rule that freight must be paid without deduction is not applicable, and therefore, I find that the defendant is owing the amount of \$144,037.98 to the plaintiffs.

[37] Therefore, unless stated otherwise in the contract, it appears that the defendant cannot raise set-off of its claim for damages as a defence against the plaintiff's claim for unpaid freight.

[38] According to the plaintiff, the terms and conditions of the relevant contract of carriage provide that no set-off exists against the carrier's claim for freight, the whole as more fully appears from clause 16 of the relevant bill of lading.

[39] Clause 16 of the bill of lading MSCU-MO7499293 (exhibit E attached to the affidavit of Ata Olfati) stipulates:

16. Freight. The freight is always due to the Carrier whether the vessel or goods arrive at port of destination or not, whether one or the other be lost during the voyage, or whether the goods arrive damaged or short. The Carrier shall be entitled to the payment of the whole freight (as deadfreight without deduction) from the Merchant for all the goods which after a fixed arrangement may not have been delivered by him to the ship. The Merchant has in no case

parties, est dérivée de l'arrêt *Aries Tanker Corporation v. Total Transport Ltd.*, [1977] 1 Lloyd's Rep. 334 (H.L.), souvent cité comme l'affaire Aries, où lord Simon of Glaisdale a déclaré à la page 340:

[TRADUCTION] Le fret, qui représente la règle établie à l'origine, reste inchangé, comme un affleurement de roches précambriennes dépassant d'un magma de dépôts sédimentaires. Les éditions successives de Scrutton et Carver précisent qu'en l'absence de stipulation contraire, le fret doit être payé sans aucune déduction. Les chartes-parties ont toujours été négociées en tenant compte de cette règle.

En l'espèce, la défenderesse prétend que le dommage aux marchandises et les pertes financières attribuables, selon ce qu'allègue la défenderesse, aux manquements aux contrats par les demanderesses lui donnent un droit de compensation contre la demande portant sur le fret. Toutefois, selon les conditions des documents de transport, les parties n'avaient pas convenu de déroger à la règle générale voulant que le fret soit payé sans déduction et on ne trouve de clause pénale dans aucun des contrats.

[. . .]

Je suis d'avis qu'aucune clause des conditions fixées par les parties ne suggère que l'ancienne règle anglaise voulant que le fret soit payable sans déduction ne s'applique pas et, en conséquence, je conclus que la défenderesse doit la somme de 144 037,98 \$ aux demanderesses.

[37] Par conséquent, sauf en cas de disposition contraire stipulée au contrat, il semble que la défenderesse ne puisse, en défense, opposer la compensation entre sa demande de dommages-intérêts et la réclamation de la demanderesse au chef du fret impayé.

[38] Suivant la demanderesse, les modalités du contrat de transport applicable prévoient que la créance sur fret du transporteur ne peut faire l'objet d'une compensation, ainsi qu'il est stipulé à l'article 16 du connaissement applicable.

[39] L'article 16 du connaissement MSCU-MO7499293 (annexe E de l'affidavit de Ata Olfati) stipule:

[TRADUCTION] 16. Fret. Le fret est toujours dû au transporteur, que le navire ou les marchandises arrivent ou non au port de destination, que le navire ou les marchandises se perdent au cours du voyage et que les marchandises subissent des avaries en cours de transport ou qu'il y ait des manquants à l'arrivée. Le transporteur a droit au paiement de la totalité du fret (en tant que faux fret sans déduction) de la part du marchand pour la totalité des marchandises que,

the right to deduct from the freight or to set-off against the freight any claim he should have against the Carrier, including leakage, slackage, shortage or damage. The Merchant shall pay any extra expenses incurred as a consequence of the cargo not being delivered in accordance with the provisions in Clause 5.

- (a) No weighing of goods is to take place on board the vessel without permission of the Carrier. Any expense for weighing onboard as well as extra expenses for discharging and delivery arising or resulting from weighing on board are to be borne by the Merchant, any custom of the port notwithstanding.
- (b) Goods once shipped cannot be taken away by the Merchant except upon Carrier's consent and against payment of full freight and compensation for any extra expenses through such taking away.
- (c) All dues, taxes and charges or other expenses in connection with the goods shall be paid by the Merchant.
- (d) The Merchant shall reimburse the Carrier in proportion to the amount of freight for any increase of war risk insurance premium and war risk increase of the wages of the maser, officers and crew and for any increase of the cost for bunkers and for deviation or delay caused by war or warlike operations or by government directions in such connection. [My emphasis.]

[40] It has to be noted however that in his affidavit, Ata Olfati, an officer and a director of the defendant, explains that it was agreed between the plaintiff and the defendant that the plaintiff would provide:

- A bill of lading covering the entire shipment with a rider confirming the content of each shipment, number of containers, container seals, weights and number of units of tires stores in each container;
- Packing lists;
- Freight invoices; and
- Classification certificates certifying that the goods, with full description, have been shipped on board a classified vessel by the S/S Steamship Co. Ltd. as agents for the plaintiff.

malgré son engagement ferme, il n'a pas pu livrer au navire. Le marchand n'a en aucun cas le droit d'opérer compensation entre le fret et la créance qu'il peut avoir contre le transporteur, y compris en cas de fuites, de tassage, de manquants ou d'avaries. Le marchand est tenu de payer les frais supplémentaires causés par le défaut de livrer la marchandise conformément aux dispositions de l'article 5.

- a) La pesée des marchandises ne peut avoir lieu à bord du navire qu'avec la permission du transporteur. Les dépenses entraînées par la pesée des marchandises à bord du navire, de même que les dépenses supplémentaires entraînées par le déchargement et la livraison en raison de la pesée des marchandises à bord du navire sont supportées par le marchand, malgré tout usage en vigueur au port en question.
- b) Une fois que les marchandises ont été expédiées, le marchand ne peut les retirer qu'avec le consentement du transporteur et contre versement de la totalité du fret et d'une indemnité pour les dépenses entraînées par ce retrait.
- c) Le marchand est tenu de payer la totalité des droits, taxes, frais et autres dépenses se rapportant aux marchandises.
- d) Le marchand rembourse le transporteur en proportion de la valeur du fret correspondant à toute hausse de la prime d'assurance contre les risques de guerre et de toute hausse du salaire du capitaine, des officiers et de l'équipage imputable aux risques de guerre, de même qu'à toute augmentation du coût du combustible de soute et toute déviation ou retard causés par la guerre ou par des activités s'y apparentant ou à la suite d'ordres donnés par l'État à cet égard. [Non souligné dans l'original.]

[40] Il convient cependant de signaler que, dans son affidavit, Ata Olfati, un des administrateurs et dirigeants de la défenderesse, explique qu'il avait été convenu entre la demanderesse et la défenderesse que la demanderesse fournirait:

- un connaissance visant la totalité du chargement avec un avenant confirmant le contenu de chaque chargement, le nombre de conteneurs, les couvercles de conteneurs, le poids et le nombre de pneus se trouvant dans chaque conteneur;
- des listes d'emballage;
- des factures de fret;
- des certificats de classification attestant que les marchandises, avec leur description complète, ont été transportées à bord d'un navire classé par la S/S Steamship Co. Ltd. en sa qualité de mandataire de la demanderesse.

[41] Ata Olfati points out that at no time were the terms of the fine print on any of these documents brought to the attention of the defendant by the plaintiff. The plaintiff never reviewed the terms of the documents with the defendant at all. The defendant was not aware of the limitation and exclusion clauses that the plaintiff is now relying upon.

[42] For the purpose of the set-off argument, I do not believe that it matters if the defendant was aware or not of the limitation regarding set-off since it cannot use the defence under equity and since the contract does not permit set-off, legal set-off is not available either as a defence. If the defendant wanted to rely on set-off, it should have added a clause to that effect in the contract and have the plaintiff agree to it. Even if the bill of lading was silent regarding the defence of set-off, the defendant would not have been able to rely on the defence unless the contract explicitly provided that the defendant could rely on the defence of set-off.

[43] However, although the defence of set-off is not available, the defendant also brought a counterclaim for losses it alleges resulted from the breach of contract or negligence of the plaintiff. Since a counterclaim is essentially an independent action, the defendant may still be granted damages for the losses alleged.

[44] Subsection 189(1) of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106] provides:

189. (1) A defendant who claims to be entitled to relief against a plaintiff may make a counterclaim instead of bringing a separate action.

[45] The plaintiff is of the view that the defendant's action is prescribed in virtue of the Hague Rules or the Hague-Visby Rules. These Rules were incorporated into national law under the *Carriage of Goods by Water Act*, S.C. 1993, c. 21. Subsection 7(1) provides:

[41] Ata Olfati souligne que la demanderesse n'a jamais signalé à l'attention de la défenderesse le détail des clauses de ces documents. La demanderesse n'a jamais passé en revue les clauses de ces documents avec la défenderesse. La défenderesse n'était pas au courant des clauses limitatives et d'exclusion que la demanderesse invoque maintenant.

[42] En ce qui concerne le moyen tiré de la compensation, je crois qu'il importe peu que la défenderesse ait été ou non au courant de la clause limitative relative à la compensation, puisqu'elle ne peut invoquer ce moyen de défense en *equity* et que, comme le contrat ne permet pas la compensation, elle ne peut non plus invoquer ce moyen de défense en vertu de la *common law*. Si la défenderesse voulait invoquer la compensation, elle aurait dû insérer une clause en ce sens dans le contrat et inviter la demanderesse à y consentir. Même si le connaissement était muet au sujet du moyen de défense de la compensation, la défenderesse n'aurait pu faire valoir ce moyen de défense que si le contrat prévoyait expressément qu'elle pouvait le faire.

[43] Néanmoins, bien que le moyen de défense de la compensation ne peut être invoqué, la défenderesse a également introduit une demande reconventionnelle pour les dommages qu'elle affirme avoir subis en raison de la violation du contrat et de la négligence de la demanderesse. Étant donné qu'une demande reconventionnelle est essentiellement une action indépendante, la défenderesse peut malgré tout obtenir des dommages-intérêts pour les pertes qu'elle affirme avoir subies.

[44] Le paragraphe 189(1) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106] dispose:

189. (1) Le défendeur qui fait valoir contre le demandeur un droit de réparation peut, au lieu d'intenter une action distincte, faire une demande reconventionnelle.

[45] La demanderesse est d'avis que l'action de la défenderesse est prescrite en vertu des règles de La Haye ou des règles de La Haye-Visby. Les règles en question ont été incorporées à notre droit interne en vertu de la *Loi sur le transport des marchandises par eau*, L.C. 1993, ch. 21. Le paragraphe 7(1) est ainsi libellé:

7. (1) The Hague-Visby Rules have the force of law in Canada.

[46] Article III(6), third paragraph, of the Hague-Visby Rules provides:

Article III

6. . . .

Subject to paragraph 6bis the carrier and the ship shall in any event be discharged from all liability whatsoever in respect of the goods, unless suit is brought within one year of their delivery or of the date when they should have been delivered. This period may, however, be extended if the parties so agree after the cause of action has arisen.

[47] The date of arrival at the port of destination may not be the date of delivery under Article III(6) of the Hague-Visby Rules.

[48] W. Tetley in *Marine Cargo Claims*, *supra*, explains that the one-year delay runs from delivery not discharge. At pages 671-672 he defines the term "delivery" as follows:

Actual delivery takes place when the carrier or the carrier's stevedore or terminal agent actually transfers possession of the goods to the consignee, or to a person named by the consignee.

. . .

Constructive delivery takes place when notice has been given of the place and date of arrival of the vessel, the goods have been discharged into a fit and safe place, separated and made ready for delivery, and the consignee has had reasonable time to pick them up. [Footnote omitted.]

[49] At page 673, W. Tetley further explains:

In the case of a large lot, delivery takes place on the day that the last piece of cargo has been discharged and actually or constructively delivered. [Footnote omitted.]

[50] At note 9, in *Marine Cargo Claims*, page 673, the author refers to *Loeb v. S.S. Washington Mail*, 150

7. (1) Les règles de La Haye-Visby ont force de loi au Canada.

[46] Le troisième paragraphe de l'article III(6) des règles de La Haye-Visby (annexe I de la *Loi sur le transport des marchandises par eau* prévoit ce qui suit:

Article III

6. [. . .]

Sous réserve des dispositions du paragraphe 6bis, le transporteur et le navire seront en tout cas déchargés de toute responsabilité, à moins qu'une action ne soit intentée dans l'année de délivrance des marchandises ou de la date à laquelle elles eussent dû être délivrées. Ce délai peut toutefois être prolongé par un accord conclu entre les parties postérieurement à l'événement qui a donné lieu à l'action.

[47] Il est possible que la date d'arrivée de la marchandise au port de destination ne corresponde pas à la date de livraison dont il est question à l'article III(6) des règles de La Haye-Visby.

[48] Dans son ouvrage précité, *Marine Cargo Claims*, W. Tetley explique que le délai d'un an commence à courir à compter de la livraison et non du déchargement. Voici la définition qu'il donne du mot «livraison» aux pages 671 et 672:

[TRADUCTION] La livraison effective a lieu lorsque le transporteur ou le manutentionnaire ou le préposé de la gare maritime remet effectivement la possession des marchandises au destinataire ou à la personne désignée par le destinataire.

[. . .]

Il y a présomption de livraison lorsqu'un avis a été donné au sujet du lieu et de la date d'arrivée du navire, que les marchandises ont été déchargées en un lieu sûr et approprié, qu'elles ont été séparées et sont prêtes à être livrées et qu'un délai raisonnable a été accordé au destinataire pour les enlever. [Renvoi omis.]

[49] À la page 673, W. Tetley poursuit en expliquant ce qui suit:

[TRADUCTION] Dans le cas d'une cargaison importante, la livraison a lieu le jour où la dernière marchandise a été déchargée et a été effectivement livrée ou est présumée avoir été livrée. [Renvoi omis.]

[50] À la note 9 de la page 673 de *Marine Cargo Claims*, l'auteur cite la décision *Loeb v. S.S.*

F. Supp. 207 (S.D. N.Y. 1956) and stated:

A vessel landed her cargo October 8, 1951. Consignee received some cargo on October 11, 1951. Some of its cargo however was missing and sorting of all the cargo discharged from the vessel continued until October 31, 1951 when the last cargo was delivered to various consignees and it was determined that consignee's remaining cargo had been lost. Suit was brought by consignee for this shortage on October 14, 1952, and the Court ruled that suit could be brought validly until October 31, 1952.

[51] The evidence shows that the defendant's information is that the seventh container did not arrive at its destination until sometime in early July 1998. The plaintiff has never advised the defendant as to when it believes that the seventh container arrived at its destination.

[52] In the plaintiff/cross-defendant's answers to the written examination at question 5(e), the plaintiff explained as follows:

Plaintiff hereby refers to documents 15, 17 and 18 of Plaintiff's Affidavit of Documents. For greater certainty and clarity, the seventh container sailed on the "Atlantic Cartier" V. 818 from Halifax on May 12, 1998 and was transhipped upon the MSC "Martina" V. 9821-1 and sailed from Antwerp on May 26, 1998. The container arrived thereafter at the Port of Destination in early June. There is no supporting documentation available at this juncture in respect of the exact date of arrival at destination.

[53] It has to be noted, as was explained by W. Tetley in *Marine Cargo Claims, supra*, at page 673 that:

Clauses in the bill of lading, declaring that delivery takes place at discharge are null and void in respect of the one year delay for suit because the Hague and Hague/Visby Rules specifically call for suit up to one year from *delivery*, not discharge. [Footnote omitted.]

[54] The plaintiff filed its statement of claim on March 2, 1999. The defendant filed its defence and counterclaim on June 18, 1999. According to the plaintiff, the defendant began its action over one year following the scheduled arrival.

Washington Mail, 150 F. Supp. 207 (S.D. N.Y. 1956) et affirme ce qui suit:

[TRADUCTION] Un navire a déchargé sa cargaison le 8 octobre 1951. Le destinataire a reçu une partie de la cargaison le 11 octobre 1951. Il manquait cependant une partie de la cargaison et le tri de toute la cargaison déchargée du navire s'est poursuivi jusqu'au 31 octobre 1951, date à laquelle les dernières marchandises ont été livrées à divers destinataires et où l'on a conclu que le reste de la cargaison avait été perdue. Le destinataire a intenté une poursuite le 14 octobre 1952 relativement aux manquants en question et le tribunal a statué que le procès pouvait valablement être intenté jusqu'au 31 octobre 1952.

[51] Il ressort de la preuve que, suivant les renseignements fournis par la défenderesse, le septième conteneur n'est arrivé à destination qu'au début du mois de juillet 1998. La demanderesse n'a jamais informé la défenderesse de la date à laquelle elle croit que le septième conteneur est arrivé à destination.

[52] La demanderesse/défenderesse reconventionnelle explique ce qui suit en réponse à la question 5e) qui lui a été posée lors de l'interrogatoire écrit:

[TRADUCTION] La demanderesse se reporte ici aux pièces 15, 17 et 18 de son affidavit. Le septième conteneur a été chargé à bord de l'«Atlantic Cartier» V. 818 à Halifax le 12 mai 1998 et a été transbordé sur le MSC «Martina» V. 9821-1 qui a quitté Anvers le 26 mai 1998. Le conteneur est arrivé par la suite au port de destination au début de juin. Il n'existe pas de documents à l'appui à ce moment-ci au sujet de la date exacte de l'arrivée à destination.

[53] Il y a lieu de noter, comme l'explique W. Tetley dans son ouvrage *Marine Cargo Claims*, précité, à la page 673, que:

[TRADUCTION] Les clauses du connaissement qui déclarent que la livraison a lieu au moment du déchargement sont nulles et de nul effet en ce qui concerne le délai de prescription d'un an applicable aux actions en justice, parce que les règles de La Haye et les règles de La Haye-Visby prévoient que les actions en justice se prescrivent par un an à compter de la *livraison* et non du déchargement de la marchandise. [Renvoi omis.]

[54] La demanderesse a déposé sa déclaration le 2 mars 1999. La défenderesse a déposé sa défense et demande reconventionnelle le 18 juin 1999. Suivant la demanderesse, la défenderesse a introduit son action plus d'un an après l'arrivée prévue de la cargaison.

[55] Pursuant to affidavits and examination of witnesses, it is not yet clear when precisely the seventh container was delivered.

[56] I accept that the one-year delay runs from delivery not discharge, as stated by W. Tetley, at page 671 (*op.cit.*) and that delivery takes place on the day that the last piece of cargo, the seventh container in the case at bar, has been discharged and actually or constructively delivered, as was again stated by W. Tetley at page 673 (*op.cit.*).

[57] The affidavit of Mr. Olfati says that the seventh container was delivered in the first week of July 1998. Mr. Olfati again reiterated his statement in his cross-examination at trial (page 203 of the transcript).

[58] Given that the defendant filed its defence and counterclaim on June 18, 1999, the defendant began its action within one year of the delivery and therefore, the defendant's counterclaim is not prescribed by virtue of the Hague Rules or the Hague-Visby Rules.

3. Did the plaintiff breach its contract with the defendant or was the plaintiff negligent in handling the seven sea containers and did the defendant incur damages?

[59] The Hague-Visby Rules provide at article III(2):

Article III

...

2. Subject to the provisions of Article IV, the carrier shall properly and carefully load, handle, stow, carry, keep, care for and discharge the goods carried.

[60] W. Tetley in *Marine Cargo Claims, supra*, at page 527, explains that this duty at loading is very broad:

This duty *at loading* is extremely broad. It means that the carrier is to see that cargo is loaded safely, that it is loaded without delay and stowed in such a manner that it can be

[55] Selon les affidavits et l'interrogatoire des témoins, on ne sait pas avec certitude la date précise à laquelle le septième conteneur a été livré.

[56] J'accepte que le délai de prescription d'un an commence à courir à la date de livraison et non à la date du déchargement, comme W. Tetley l'affirme à la page 671 de son ouvrage (*op.cit.*), et que la livraison a lieu le jour où les dernières marchandises, en l'occurrence, le septième conteneur, sont déchargées et sont effectivement ou présumément livrées, comme le signale encore W. Tetley à la page 673 (*op.cit.*).

[57] Dans son affidavit, M. Olfati affirme que le septième conteneur a été livré au cours de la première semaine de juillet 1998. M. Olfati a répété cette affirmation lors du contre-interrogatoire qu'il a subi au procès (à la page 203 de la transcription).

[58] Compte tenu du fait que la défenderesse a déposé sa défense et demande reconventionnelle le 18 juin 1999, la défenderesse a introduit son action dans l'année de la livraison et, en conséquence, la demande reconventionnelle de la défenderesse n'est pas prescrite en vertu des règles de La Haye ou des règles de La Haye-Visby.

3. La demanderesse a-t-elle violé le contrat qu'elle a conclu avec la défenderesse ou a-t-elle fait preuve de négligence lors de la manutention des sept conteneurs maritimes et la défenderesse a-t-elle subi des dommages?

[59] L'article III(2) des règles de La Haye-Visby dispose:

Article III

[. . .]

2. Le transporteur, sous réserve des dispositions de l'article IV, procédera de façon appropriée et soigneuse au chargement, à la manutention, à l'arrimage, au transport, à la garde, aux soins et au déchargement des marchandises transportées.

[60] Dans son ouvrage *Marine Cargo Claims, précité*, Tetley explique, à la page 527, que cette obligation lors du chargement est vaste:

[TRADUCTION] Cette obligation, *lors* du chargement, est extrêmement large. Elle signifie que la cargaison doit être chargée dans de bonnes conditions de sécurité, qu'elle est

found for quick and safe discharge.

[61] He continues at page 530:

The obligation to load is stringent—being qualified by the words «properly and carefully». There is considerable, erroneous jurisprudence to the effect that the duty «to load» which appears in art. 3(2) among the obligations «to load, handle, stow, carry, keep, care for, and discharge» is not stringent but that a carrier need only exercise due diligence when loading. Due diligence, however, only appears in the Hague and Hague/Visby Rules at art. 3(1) and art. 4(1), i.e. due diligence to make the ship seaworthy and at art. 4(2)(p) «latent defects not discoverable by due diligence». The obligation to load at art. 3(2) is not qualified by the words «due diligence» but by the words «properly and carefully», which is a stringent obligation. [Footnotes omitted.]

[62] W. Tetley in *Marine Cargo Claims, supra*, at page 133, explains that there are three principles of proof that run as unbroken threads through Hague and Hague/Visby Rules jurisprudence. W. Tetley states them as follows [at pages 133, 137 and 139]:

... *the carrier is prima facie liable for loss or damage to cargo received in good order and out-turned short or in bad order.*

...

... *the parties are in general required to make proof of whatever facts are available to them.*

...

... *the onus of proof does not mean providing all the circumstances to the point of absurdity, but means making proof to a reasonable degree.*

[63] He also explains at page 142, that although the Hague and Hague-Visby Rules do not set out an order of proof in a marine cargo claim and its defence, there is a surprising similarity in the order of proof demanded by the courts of nations which have adopted the Hague

chargée sans retard et qu'elle est arrimée de manière qu'on puisse la trouver pour la décharger rapidement et sans danger.

[61] Il poursuit à la page 530:

[TRADUCTION] L'obligation imposée au transporteur lors du chargement est rigoureuse en raison des mots «de façon appropriée et soigneuse». Il existe une abondante jurisprudence erronée suivant laquelle l'obligation de «procéder au chargement» que l'on trouve au par. 3(2) au nombre des obligations de procéder «au chargement, à la manutention, à l'arrimage, au transport, à la garde, aux soins et au déchargement» n'est pas stricte mais qu'il suffit pour le transporteur de faire preuve de diligence raisonnable lors du chargement. L'expression «diligence raisonnable» n'apparaît dans les règles de La Haye et les règles de La Haye-Visby qu'aux articles 3(1) et 4(1), c.-à-d. lorsqu'il s'agit de mettre le navire en état de navigabilité, et à l'alinéa 4(2)p lorsqu'il est question de «vices cachés échappant à une diligence raisonnable». L'obligation applicable au chargement dont il est question à l'article 3(2) n'est pas modifiée par les mots «diligence raisonnable», mais par l'expression «de façon appropriée et soigneuse», qui dénote une obligation rigoureuse. [Renvois omis.]

[62] À la page 133 de *Marine Cargo Claims*, précité, Tetley déclare qu'en matière de demandes d'indemnité pour pertes ou avaries de marchandises, il existe trois principes de preuve qui reviennent constamment dans toute la jurisprudence relative aux règles de La Haye et les règles de La Haye-Visby. Voici comment Tetley formule ces principes [aux pages 133, 137 et 139]:

[TRADUCTION] [. . .] *Le transporteur est présumé responsable de la perte ou de l'avarie subie par les marchandises reçues en bon état lorsqu'elles sont constatées manquantes ou en mauvais état au débarquement.*

[. . .]

[. . .] *les parties sont en règle générale tenues de faire la preuve de tous les faits dont ils ont eu connaissance.*

[. . .]

[. . .] *la charge de la preuve n'oblige pas la partie sur qui elle repose à faire la preuve de toutes les circonstances jusqu'à l'absurdité, mais à rapporter la preuve des faits dans la mesure du raisonnable.*

[63] Il explique aussi, à la page 142, que bien que les règles de La Haye-Visby ne précisent pas l'ordre dans lequel le créancier maritime sur facultés et la personne qu'il poursuit doivent présenter leur preuve, il existe une similitude frappante en ce qui concerne

and Hague-Visby Rules. The order of proof is as follows, at pages 142-143:

- (i) The claimant must first prove his loss.
- (ii) The carrier must then prove a) the cause of the loss, b) that due diligence to make the vessel seaworthy in respect of the loss was taken and c) that he is not responsible by virtue of at least one of the exculpatory exceptions of the Rules;
- (iii) Then, various arguments are available to the claimant.
- (iv) Finally, there is a middle ground where both parties may make various additional proofs.

1) What the Claimant must Prove:

Initially, it is the claimant who has the burden of proof, and to make his case he must prove all six of the following facts:

- a) That the claimant is the owner of the goods and/or is the person entitled to make the claim.
- b) The contract or the tort (delict).
- c) That the person claimed against is the responsible person.
- d) That the loss or damage took place in the carrier's hands. This is usually done by proving the condition of the goods when received by the carrier and the condition at discharge.
- e) The physical extent of the damage or the loss.
- f) The actual monetary value of the loss or damage.

2) What the Carrier must Prove

The carrier must then prove all three of the following:

- a) The cause of the loss.
- b) Due diligence to make the vessel seaworthy at the beginning of the voyage, in respect of the loss.
- c) One of the following exculpatory clauses:
 - i) Error in navigation and management of the ship.
 - ii) Fire.
 - iii) Perils of the Sea and similar exceptions, being Acts of God; Acts of War; Acts of Public

l'ordre de présentation de la preuve exigé par les tribunaux des divers pays qui ont adopté les règles de La Haye-Visby. Cet ordre est le suivant, aux pages 142 et 143:

[TRADUCTION]

- (i) Le demandeur doit d'abord faire la preuve de sa perte;
- (ii) Le transporteur doit ensuite prouver: a) la cause de la perte; b) qu'il a exercé une diligence raisonnable pour mettre le navire en bon état de navigabilité en ce qui concerne la perte en question; c) qu'il est dégagé de toute responsabilité en vertu d'une des clauses d'exonération de responsabilité prévues aux règles;
- (iii) Le demandeur peut ensuite invoquer divers moyens;
- (iv) Finalement, il y a un moyen terme où les deux parties peuvent rapporter diverses autres preuves supplémentaires.

1) Ce que le demandeur doit prouver:

Au départ, la charge de la preuve incombe au demandeur, qui doit prouver les six éléments suivants pour établir le bien-fondé de sa cause:

- a) Le demandeur est le propriétaire des marchandises et/ou est la personne qui a le droit de présenter la demande;
- b) Le contrat ou le délit;
- c) La personne visée par la demande est la personne responsable;
- d) La perte ou le dommage a eu lieu alors que les marchandises se trouvaient entre les mains du transporteur. Pour ce faire, on établit habituellement l'état dans lequel étaient les marchandises lorsque le transporteur les a reçues et leur état lors du déchargement;
- e) L'ampleur matérielle du dommage ou de la perte;
- f) La valeur pécuniaire réelle de la perte ou du dommage.

2) Ce que le transporteur doit prouver:

Le transporteur doit alors prouver les trois éléments suivants:

- a) La cause de la perte;
- b) La diligence raisonnable exercée pour mettre le navire en bon état de navigabilité en ce qui concerne la perte en question;
- c) L'un des moyens d'exonération suivants:
 - (i) une erreur dans la navigation ou dans la conduite du navire;
 - (ii) un incendie;
 - (iii) un péril de la mer ou un autre moyen d'exonération analogue, c'est-à-dire les cas de

Enemies; Restraint of Princes; Quarantine; Strikes; Riots; Saving Life.

- iv) Act or omission of the shipper.
- v) Inherent vice.
- vi) Insufficiency of packing.
- vii) Latent defects.
- viii) Any other cause.

3) The Various Arguments then Available to the Claimant:

- a) Negligence at loading.
- b) Negligence in stowage.
- c) Lack of the cargo.
- d) Negligence at discharge. [Footnotes omitted.]

[64] Justice Rouleau in *Francosteel Corp. v. Fednav Limited* (1990), 37 F.T.R. 184 (F.C.T.D.), held as follows regarding the burden of proof for negligence [at page 194]:

It is clear from the jurisprudence that the plaintiff bears the burden of proving that the goods were damaged while in the carrier's possession; this is generally accomplished by proof that the goods were tendered in good condition to the carrier, and were ultimately received in a damaged condition. This accomplished, the carrier must show that the damage fits within an excepted clause of the **Hague Rules**; if they succeed, the onus shifts to the plaintiff to adduce evidence that the damage was caused by the carrier's negligence. If, on the other hand, the carrier cannot establish that the damage is due to an excepted cause, the burden remains on him to prove that the loss was not caused by his negligence. (See *Vancouver SS. Co. v. Herdman & Sons* (1933), 45 Ll. L. Rep. 223; *Kruger Inc. et al v. Baltic Shipping Co.* (1989), 57 D.L.R. (4th) 498, at p. 502; *Associated Metals and Minerals Corp. v. Etelac Suomin Laiva* (1989), A.M.C. 677; *Caemint Food Inc.* (1981), A.M.C. 1801).

[65] In order to determine whether the parties met the rules of evidence as explained by W. Tetley, I will now assess the written evidence and the evidence provided by the witnesses at trial.

[66] Regarding what the claimant must prove, the defendant has proven the following facts:

- (a) The defendant is the owner of the goods;

force majeure, les faits de guerre, les faits d'ennemis publics, la contrainte de prince, la quarantaine, les grèves, les émeutes, et les sauvetages;

- (iv) des actes ou des omissions du chargeur;
- (v) un vice propre à la marchandise;
- (vi) une insuffisance d'emballage;
- (vii) des vices cachés;
- (viii) toute autre cause.

3) Moyens que le demandeur peut alors invoquer:

- a) Négligence lors du chargement;
- b) Négligence lors de l'arrimage;
- c) Absence d'une partie de la cargaison;
- d) Négligence lors du déchargement. [Renvois omis.]

[64] Voici ce que le juge Rouleau a déclaré, dans le jugement *Francosteel Corp. c. Fednav Limited* (1990), 37 F.T.R. 184 (C.F. 1^{re} inst.), au sujet du fardeau de la preuve en matière de négligence [à la page 194]:

Les précédents sont clairs: il incombe au demandeur de prouver que les biens ont été endommagés au moment où ils étaient entre les mains du transporteur. Pour ce faire, il cherche habituellement à montrer que les biens ont été remis au transporteur en bon état et qu'ils ont été reçus endommagés. Le transporteur doit ensuite illustrer que les dommages s'inscrivent dans une clause d'exemption prévue dans les règles de **La Haye**; s'il réussit, il incombe au demandeur de prouver que les dégâts sont le résultat d'une négligence de la part du transporteur. Si toutefois ce dernier ne peut établir que les dégâts font l'objet d'une exemption, il lui appartient alors de prouver que sa propre négligence ne serait pas la source des pertes. (Voir *Vancouver SS. Co. c. Herdman & Sons* (1933), 45 Ll. L. Rep. 223; *Kruger Inc. et al c. Baltic Shipping Co.* (1989), 57 D.L.R. (4th) 498, à la p. 502; *Associated Metals et Minerals Corp. c. Etelac Suomin Laiva* (1989), A.M.C. 677; *Caemint Food Inc.* (1981), A.M.C. 1801).

[65] Pour décider si les parties ont satisfait aux règles de preuve exposées par Tetley, je vais maintenant évaluer la preuve écrite et les témoignages donnés par les témoins au procès.

[66] Au sujet de ce que la demanderesse doit prouver, la défenderesse a établi les faits suivants:

- a) La défenderesse est la propriétaire des marchandises;

- (b) There was a valid contract between the parties and the plaintiff was negligent in handling the seventh container;
- (c) The person claimed against (the plaintiff herein) is the responsible person;
- (d) The loss or damage took place in the carrier's hands, i.e. the plaintiff's hands;
- (e) The defendant also demonstrated the physical extent of the damage or the loss, which is the delivery of the seventh container in the first week of July 19, 1999 which was supposed to be delivered in March, pursuant to the defendant's suggestion; and finally
- (f) The defendant has put some evidence regarding the actual monetary value of the loss or damage, which we will review in detail later.
- [67] In responding to what was established by the defendant, the carrier (the plaintiff in the case at bar) in return proved the following:
- (a) Pursuant to affidavits and cross-examination of witnesses, it seems that the cause at law of the loss is mismanagement of the seventh container which seems to be admitted by the carrier;
- (b) The carrier proved due diligence to make the vessel seaworthy at the beginning of the voyage, in respect of the loss;
- [68] In my view, the carrier failed to identify any of the exculpatory clauses mentioned by W. Tetley to explain the four-month delay in delivering the seventh container.
- [69] Finally, the Court should assess the arguments that could be raised by the defendant to explain the loss. These are as follows:
- (a) There was probably negligence at loading when they realized that only six out of the seven containers were loaded on board. Nevertheless, the defendant insisted that the bill of lading indicate that seven containers were loaded even though only six containers
- b) Il existe un contrat valide entre les parties et la demanderesse a fait preuve de négligence lors de la manutention du septième conteneur;
- c) La personne visée par la demande (la demanderesse, en l'occurrence) est la personne responsable;
- d) La perte ou le dommage a eu lieu alors que les marchandises se trouvaient entre les mains du transporteur, c.-à-d. entre les mains de la demanderesse;
- e) La défenderesse a établi l'ampleur matérielle du dommage ou de la perte, en l'occurrence la livraison du septième conteneur au cours de la première semaine de juillet 1998 alors que ce conteneur était censé être livré en mars, conformément aux déclarations de la défenderesse;
- f) La défenderesse a présenté certains éléments de preuve au sujet de la valeur pécuniaire réelle de la perte ou du dommage. [Nous reviendrons plus loin sur cette question.]
- [67] Pour répondre aux éléments établis par la défenderesse, le transporteur (la demanderesse, en l'espèce) a prouvé ce qui suit:
- a) Il ressort des affidavits et du contre-interrogatoire des témoins que, en droit, la cause de la perte est une erreur de manutention du septième conteneur, ce que le transporteur semble admettre;
- b) Le transporteur a exercé une diligence raisonnable pour mettre le navire en bon état de navigabilité en ce qui concerne la perte en question.
- [68] À mon avis, le transporteur n'a pas réussi à invoquer l'un des moyens d'exonération de responsabilité mentionnés par Tetley pour expliquer le retard de quatre mois qu'accusait la livraison du septième conteneur.
- [69] Finalement, la Cour doit évaluer les moyens que la défenderesse peut faire valoir pour expliquer la perte. Voici ces arguments:
- a) Il y a probablement eu négligence lors du chargement lorsqu'on s'est rendu compte que seulement six des sept conteneurs avaient été chargés à bord. La défenderesse a malgré tout insisté pour qu'il soit indiqué au connaissement que sept conteneurs

were really loaded on board. There is no allegation that the cargo was delivered in bad condition. The allegation is that the damage occurred when the containers were in storage;

(b) There is no evidence or arguments that there was any negligence in stowage;

(c) There is an argument that there was a lack of cargo, in February, when they were loading in Halifax; nevertheless, the cargo was finally delivered in total in July 1999, so the real loss is not the lack of the cargo but the negligence in delivering the seventh container;

(d) There is no evidence or arguments relying to negligence at discharge.

[70] To make a long story short, only six containers were loaded on February 2, 1998.

[71] The evidence at the hearing was that Mr. Manuk, who was an employee of the plaintiff, received a phone call from Mr. Saeed, who was a consultant for the defendant, regarding the fact that only six containers were loaded on the ship. The defendant's representative then asked that the bill of lading be for seven containers even if only six containers were shipped.

[72] That particular evidence shows that both parties, on February 3, 1998, the day after the vessel left Halifax with six containers, knew that one container was missing.

[73] In my view, to fulfill its contract and commercial commitment, the plaintiff should have taken all possible steps to ensure that the seventh container be loaded on the next available vessel from Halifax to Europe.

[74] It did not happen. It is only when the six containers were stored in Iran and that the Iranians realized that there was one container missing that the plaintiff finally woke up and took the steps to locate the container in Halifax and ship it to Iran.

avaient été chargés malgré le fait qu'en réalité, seulement six conteneurs avaient été chargés à bord. La demanderesse ne prétend pas que la cargaison a été livrée en mauvais état. Elle affirme que les dommages se sont produits lorsque les conteneurs étaient entreposés;

b) Il n'y a pas de preuve ou d'argument qu'il y a eu négligence lors de l'arrimage;

c) La demanderesse affirme qu'il manquait de la marchandise, en février, lors du chargement, à Halifax. Néanmoins, la cargaison a finalement été intégralement livrée en juillet 1999, de sorte que la perte véritable n'est pas l'absence d'une partie de la cargaison, mais la négligence lors de la livraison du septième conteneur;

d) Il n'y a pas de preuve ou d'argument qu'il y a eu négligence lors du déchargement.

[70] Pour être bref, seulement six conteneurs ont été chargés le 2 février 1998.

[71] Suivant les témoignages entendus au procès, M. Manuk, qui était un employé de la demanderesse, a reçu un appel téléphonique de M. Saeed, un consultant de la défenderesse, au sujet du fait que seulement six conteneurs avaient été chargés à bord du navire. Le représentant de la défenderesse a ensuite demandé que le connaissement porte sur sept conteneurs même si seulement six avaient été expédiés.

[72] Il ressort de ce témoignage que le 3 février 1998, le lendemain du départ du navire de Halifax avec six conteneurs, les deux parties étaient au courant qu'il manquait un conteneur.

[73] À mon avis, pour respecter son contrat et son engagement commercial, la demanderesse aurait dû prendre toutes les mesures possibles pour s'assurer que le septième conteneur soit chargé à bord du prochain navire disponible en partance de Halifax pour l'Europe.

[74] Or, ce n'est pas ce qui s'est produit. Ce n'est que lorsque les six conteneurs ont été entreposés en Iran et que les Iraniens se sont aperçus qu'il manquait un conteneur que la demanderesse s'est finalement réveillée et a pris des mesures pour retracer le conteneur à Halifax et pour l'expédier en Iran.

[75] It is at this very moment that the carrier started to locate the missing container and took the necessary steps to ship it from Halifax, where it still was in May, to the final point of discharge, in July.

[76] The plaintiff's employees testified, in good faith, and I have no hesitation to conclude that the plaintiff was negligent in handling the seventh container.

[77] However, the evidence also shows that given that the bill of lading was for seven containers, there was a problem at discharge when the defendant's client tried to custom clear the six containers and the Iranian customs realized that there were only six containers and not seven as stated on the bill of lading.

[78] Therefore, I also take into account the fact that the defendant shared a part of the responsibility when it asked that the bill of lading be signed even though not accurate. In fact, it is that particular point that caused problems at the point of delivery when the Iranian customs were concerned with the fact that only six containers were delivered while the bill of lading stated that seven containers were supposed to be delivered.

[79] The plaintiff argued at the hearing that the bill of lading limits its responsibility toward the defendant. The plaintiff relied on clauses 4 and 17 of the bill of lading which state:

4. **THE SCOPE OF VOYAGE.** The voyage herein undertaken shall include usual or customary or advertised ports of call whether named in this contract or not, also ports in or out of the advertised geographical, usual or ordinary route of order, even though in proceeding thereto the vessels may sail beyond the port of discharge or in a direction contrary thereto, or depart from the direct or customary route or in a direction contrary thereto. The vessel may call at any port for the purpose of the current voyage or of a subsequent voyage. The vessel may omit calling at any port or ports whether scheduled or not, and may call at the same port more than once, either with or without the goods on board, and before and after proceeding towards the port of discharge, adjust compasses, dry-dock, go on ways or to repair yards, shift berths, undergo degassing, wiping or similar measures,

[75] C'est à ce moment précis que le transporteur a commencé à rechercher le conteneur manquant et qu'il a fait le nécessaire pour l'expédier de Halifax, où il se trouvait encore en mai, jusqu'à sa destination finale, où il est arrivé en juillet.

[76] Les employés de la demanderesse ont témoigné de bonne foi et je n'ai aucune hésitation à conclure que la demanderesse a fait preuve de négligence lors de la manutention du septième conteneur.

[77] Il ressort toutefois aussi de la preuve que, compte tenu du fait que le connaissement portait sur sept conteneurs, il y a eu un problème lors du déchargement lorsque la cliente de la défenderesse a essayé de dédouaner les six conteneurs et que les autorités douanières iraniennes se sont rendu compte qu'il n'y avait que six conteneurs et non sept, contrairement à ce qui était déclaré sur le connaissement.

[78] Je tiens donc également compte du fait que la défenderesse a une part de responsabilité en raison du fait qu'elle a demandé que le connaissement soit signé même s'il n'était pas exact. De fait, c'est ce point précis qui a causé des problèmes à la livraison, lorsque les douaniers iraniens se sont dits préoccupés par le fait que seulement six conteneurs étaient livrés alors que le connaissement déclarait que sept conteneurs étaient censés être livrés.

[79] La demanderesse a affirmé, à l'audience, que le connaissement limite sa responsabilité envers la défenderesse. La demanderesse invoque les articles 4 et 17 du connaissement, dont voici le texte:

[TRADUCTION]

4. **CADRE DU VOYAGE.** Le voyage entrepris aux termes des présentes englobe les ports d'escale habituels, prévus ou annoncés, qu'ils soient nommés ou non dans le présent contrat, de même que les ports situés à l'intérieur ou à l'extérieur de l'itinéraire géographique habituel, prévu ou annoncé et ce, même si ce faisant, le navire peut naviguer au-delà du port de déchargement ou dans la direction opposée ou s'écarter de la route directe ou habituelle ou prendre une direction contraire. Le navire peut faire escale dans tout port dans le cadre du présent voyage ou de tout voyage ultérieur. Le navire peut omettre de faire escale dans tout port prévu ou non et peut faire escale dans le même port à plusieurs reprises, que le navire soit sur lest ou qu'il soit chargé. Il peut, avant de se rendre au port de déchargement ou après y être arrivé, régler les compas, passer en cale

take fuel or stores, land stowaways, remain in port, sail without pilots, tow and be towed, and save or attempt to save life or property, and all of the foregoing are included in the contract voyage. The vessel shall never be called upon to proceed to a place where she cannot safely get and lie always afloat.

...

17. PERIOD OF RESPONSIBILITY. The Carrier or his agent shall not be liable for loss or damage to the goods during the period before loading and after discharge from the vessel, howsoever such loss or damage arises. Goods in the custody of the Carrier or his servants before loading and after discharge, whether being forwarded to or from the vessel or whether awaiting shipment landed or stored, or put into hulk or craft belonging to the Carrier, or not or pending transshipment at any of the whole transport are in such custody at the sole risk of the Merchant and the Carrier shall not be liable for loss or damage arising or resulting from any cause whatsoever. If goods are shipped to or from the U.S.A. US COGSA shall apply before loading and after discharge as long as the goods remain in the custody and control of the Carrier.

[80] The plaintiff also relied on clause 7 which provides:

7. DEPARTURE AND ARRIVAL DATES in the Carrier's liner position lists, sailing lists and other advertisements, are given without any warranty, and no claims shall be acceptable for any change in the dates nor even in the case of the vessel's non-departure for whatever cause. Carrier shall have the right to change sailing and arrival dates without notice.

[81] Article III(8) of the Hague-Visby Rules states:

Article III

...

8. Any clause, covenant or agreement in a contract of carriage relieving the carrier or the ship from liability for loss or damage to or in connection with goods arising from

sèche ou en cale de halage, être mis au radoub, changer de poste de mouillage, faire l'objet d'un dégazage, d'une démagnétisation ou de mesures semblables, se ravitailler, en carburant ou en fournitures, débarquer tout passager clandestin, demeurer dans un port déterminé, naviguer sans pilote, remorquer et être remorqué et sauver ou tenter de sauver des vies ou des biens, tout ce qui précède étant compris dans le voyage visé par le contrat. Le navire ne doit jamais être appelé à aller à un endroit où il ne peut sans danger se rendre et demeurer toujours à flot, en sécurité.

[. . .]

17. DURÉE DE LA RESPONSABILITÉ. Le transporteur et son mandataire ne peuvent être tenus responsables, à quelque titre que ce soit, des pertes ou avaries subies par les marchandises avant le chargement ou après le déchargement, indépendamment de la façon dont ces pertes ou avaries surviennent. Le marchand assume entièrement les risques relatifs aux marchandises qui se trouvent sous la garde du transporteur ou de ses préposés avant le chargement ou après le déchargement, qu'elles soient acheminées vers le bateau ou depuis celui-ci et qu'elles soient en attente d'expédition, placées à terre ou entreposées, chargées à bord de pontons ou d'embarcations appartenant au transporteur, ou qu'elles soient en voie de transbordement. Le transporteur ne peut être tenu responsable de quelque perte ou avarie découlant de quelque cause que ce soit. Si les marchandises sont expédiées en provenance ou à destination des États-Unis d'Amérique, la COGSA des É.-U. s'applique avant le chargement et après le déchargement tant et aussi longtemps que les marchandises demeurent sous la garde et le contrôle du transporteur.

[80] La demanderesse invoque également l'article 7, qui prévoit ce qui suit:

[TRADUCTION] **7. DATES DE DÉPART ET D'ARRIVÉE.** Les dates de départ et d'arrivée figurant aux listes de position des navires de ligne du transporteur, horaires d'appareillage et autres avis sont données sans garantie et toute demande portant sur un changement de date est irrecevable, même dans le cas de non-départ du navire pour quelque cause que ce soit. Le transporteur a le droit de modifier sans préavis les dates d'appareillage et d'arrivée.

[81] L'article III(8) des règles de La Haye-Visby dispose:

Article III

[. . .]

8. Toute clause, convention ou accord dans un contrat de transport exonérant le transporteur ou le navire de responsabilité pour perte ou dommage concernant des

negligence, fault or failure in the duties and obligations provided in this Article or lessening such liability otherwise than as provided in these Rules, shall be null and void and of no effect.

[82] Article VII of the Hague-Visby Rules also provides:

Article VII

...

Nothing herein contained shall prevent a carrier or a shipper from entering into any agreement, stipulation, condition, reservation or exemption as to the responsibility and liability of the carrier or the ship for the loss or damage to, or in connection with the custody and care and handling of goods prior to the loading on and subsequent to the discharge from the ship on which the goods are carried by water.

[83] W. Tetley, in *Marine Cargo Claims*, *supra*, at page 843 explains:

The criterion as to the validity of a limitation clause is whether the clause contravenes the Hague or Hague/Visby Rules or reduces the carrier's responsibilities under those Rules.

A rule of thumb in respect to the validity of a limitation clause is whether the clause falls within the exculpatory exception of art. 4(2)(q). This was succinctly stated in *Canadian National Steamships v. Bayliss (Lady Drake)*:

«The defence resting upon the bill of lading exception referred to can have no separate effect and becomes merged in the exceptions contemplated by Article IV, Rule 2(q). In other words, such clause does not give to the carrier any greater protection than he has under said subsection (q).» [Footnotes omitted.]

[84] Article IV(2)(q) states:

Article IV

...

2. Neither the carrier nor the ship shall be responsible for loss or damage arising or resulting from

...

(q) any other cause arising without the actual fault and privity of the carrier, or without the fault or neglect of the

marchandises provenant de négligence, faute ou manquement aux devoirs ou obligations édictés dans le présent article ou atténuant cette responsabilité autrement que ne le prescrivent les présentes règles sera nul, non avenu et sans effet.

[82] L'article VII des règles de La Haye-Visby prévoit par ailleurs ce qui suit:

Article VII

[...]

Aucune disposition des présentes règles ne défend à un transporteur ou à un chargeur d'insérer dans un contrat des stipulations, conditions, réserves ou exonérations relatives aux obligations et responsabilités du transporteur ou du navire pour la perte ou les dommages survenant aux marchandises, ou concernant leur garde, soin et manutention, antérieurement au chargement et postérieurement au déchargement du navire sur lequel les marchandises sont transportées par eau.

[83] À la page 843 de *Marine Cargo Claims*, précité, Tetley explique ce qui suit:

[TRADUCTION] Le critère régissant la validité d'une clause limitative déterminée est celui de savoir si elle contrevient aux règles de La Haye ou aux règles de La Haye-Visby ou si elle diminue la responsabilité du transporteur prévue par les règles en question.

Une règle empirique permettant de vérifier la validité d'une clause de limitation de responsabilité consiste à se demander si elle tombe sous le coup de l'exception prévue à l'alinéa 4(2)(q). C'est ce que le tribunal a expliqué de façon succincte dans l'affaire *Canadian National Steamships v. Bayliss (Lady Drake)*:

«Le moyen de défense tiré de l'exception précitée prévue au connaissance ne peut produire d'effets distincts; il se confond avec les exceptions énumérées à l'alinéa IV(2)(q) des règles. En d'autres termes, cette clause n'accorde pas au transporteur une plus grande protection que celle que lui confère par ailleurs l'alinéa q) en question.» [Renvois omis.]

[84] L'article IV(2)(q) est ainsi libellé:

Article IV

[...]

2. Ni le transporteur ni le navire ne seront responsables pour perte ou dommage résultant ou provenant:

[...]

q) de toute autre cause ne provenant pas du fait ou de la faute du transporteur ou du fait ou de la faute des agents

agents or servants of the carrier, but the burden of proof shall be on the person claiming the benefit of this exception to show that neither the actual fault or privity of the carrier nor the fault or neglect of the agents or servants of the carrier contributed to the loss or damage.

[85] W. Tetley, in *Marine Cargo Claims*, *supra*, at pages 852 and 853, further explains:

The Supreme Court of the United States set out the rule in respect to valid limitation clauses in *The Vallescura*, a pre-COGSA case, where the bill of lading contained an exception against «decay». Without declaring the exception invalid, the Court required the carrier to fulfill its responsibilities under the *Harter Act*, *i.e.* to care for cargo, to provide proper stowage, etc.:

«Here the stipulation was for exemption from liability for a particular kind of injury, decay. But the decay of a perishable cargo is not a cause; it is an effect. It may be the result of a number of causes, for some of which, such as the inherent defects of the cargo, or, under the contract, sea peril making it impossible to ventilate properly, the carrier is not liable. For others, such as negligent stowage, or failure to care for the cargo properly during the voyage, he is liable. The stipulation thus did not add to the causes of injury from which the carrier could claim immunity. It could not relieve him from liability for want of diligence in the stowage or care of the cargo.»

...

In *Levatino v. Gen. Steam Navigation Co.*, part of a cargo of chestnuts was discharged, following which the vessel was drydocked for a day. The remainder of the cargo was discharged after the drydocking, but there had been a 40% drop in the market. It was held:

«Under the circumstances of this case, the exculpatory clauses of the bills of lading that the carrier is not required to deliver in time to meet any particular market or at any particular time; that it is not liable for special or consequential damages; and that it might drydock—are lawfully operative and valid, because they in nowise

ou préposés du transporteur, mais le fardeau de la preuve incombera à la personne réclamant le bénéfice de cette exception et il lui appartiendra de montrer que ni la faute personnelle ni le fait du transporteur n'ont contribué à la perte ou au dommage.

[85] Aux pages 852 et 853 de son ouvrage *Marine Cargo Claims*, précité, Tetley explique en outre ce qui suit:

[TRADUCTION] La Cour suprême des États-Unis a posé le principe applicable en ce qui concerne la validité des clauses limitatives dans l'arrêt *The Vallescura*, qui a été rendu avant l'adoption de la COGSA. Dans cette affaire, le connaissement prévoyait une exception dans le cas de «dégradation». Sans déclarer l'exception invalide, la Cour a obligé le transporteur à remplir les obligations que la *Harter Act* mettait à sa charge, en l'occurrence s'occuper de la cargaison, prévoir un arrimage approprié, etc.:

En l'espèce, la stipulation en cause concernait une exonération de responsabilité dans le cas d'un type particulier de préjudice, la dégradation. Mais la dégradation de marchandises périssables ne constitue pas une cause, mais bien un effet. Elle peut être attribuable à une foule de causes, dont, pour certaines, comme les défauts inhérents de la cargaison, ou, selon le contrat, un péril de la mer faisant en sorte qu'il soit impossible d'assurer une ventilation adéquate, le transporteur n'est pas responsable. Pour d'autres, comme une négligence lors de l'arrimage ou le défaut de s'occuper comme il se doit de la cargaison au cours du voyage, pour lesquelles le transporteur est responsable. La stipulation n'ajoute donc rien aux causes de préjudice pour lesquelles le transporteur pouvait revendiquer une exonération de responsabilité. Elle ne pouvait le soustraire à sa responsabilité pour manque de diligence dans l'arrimage ou la garde de la cargaison.

[. . .]

Dans l'affaire *Levatino v. Gen. Steam Navigation Co.*, une partie de la cargaison de châtaignes avait été déchargée, à la suite de quoi le navire avait été envoyé en cale sèche pendant une journée. Le reste de la cargaison avait été déchargée après le passage en cale sèche, mais le marché avait subi un fléchissement de 40 % dans l'intervalle. Le tribunal a statué ce qui suit:

Eu égard aux circonstances de la présente affaire, les clauses d'exonération de responsabilité stipulées dans les connaissements prévoyaient que le transporteur n'était pas tenu de livrer la cargaison à temps pour répondre aux besoins d'un marché déterminé ou dans tout autre délai précis. Elles stipulaient en outre que le

attempt to exempt the carrier from the consequences of negligence, fault or failure to perform any duty owing to the plaintiffs. [Footnotes omitted.]

In other words, the clause did not give the carrier any more rights than he had under the Rules.

[86] In my view, the plaintiff is trying to use the limitation clauses on the bill of lading to exempt itself of the consequences of its negligence. Such is not permitted under Article III(8) of the Hague-Visby Rules and therefore, I find that the plaintiff's responsibility is not limited by the clauses in the bill of lading.

[87] However, the question remains whether the defendant can be granted damages.

[88] Before pushing further any analysis as to the kind of damages the defendant can be awarded either in contract or in negligence, I will examine the question whether the defendant has proven that it suffered losses.

[89] The defendant claims that it suffered losses due to the fact that the seventh container only arrived at its destination in July. The defendant claims damages in the amount of US\$62,921. These damages are set as follows in the commercial invoice dated December 14, 1998 and sent by the defendant to the plaintiff:

(a) Cost of transferring, storage, insurance and handling of the first 6 containers—US\$9,334;

(b) Cost of reinspection of Cargo and out of pocket expenses for the defendant to travel to Bandar Abbas—US\$16,750;

(c) Legal fees—C\$4,350.00 @ US\$1.5 = C\$1 = US\$2,900;

(d) Replacement CIF value of defective units—US\$29,754;

transporteur n'était pas responsable des dommages particuliers ou des dommages indirects et qu'il pouvait envoyer le navire en cale sèche. Ces dispositions des connaissements sont exécutoires sur le plan juridique et sont parfaitement valables parce qu'elles ne visent nullement à soustraire le transporteur aux conséquences de sa négligence, de sa faute ou de son défaut d'accomplir les obligations qu'il avait contractées envers le demandeur. [Renvois omis.]

Autrement dit, la clause n'accordait pas au transporteur plus de droits que ceux que lui reconnaissaient les règles.

[86] À mon avis, la demanderesse essaie d'invoquer les clauses de limitation de responsabilité qui sont stipulées dans le connaissement pour se soustraire aux conséquences de sa négligence. Or, cela n'est pas permis par l'article III(8) des règles de La Haye-Visby et j'en conclus donc que la responsabilité de la demanderesse n'est pas limitée par les clauses du connaissement.

[87] Il reste toutefois à savoir si la défenderesse peut obtenir des dommages-intérêts.

[88] Avant de pousser plus loin toute analyse concernant le type de dommages-intérêts que la défenderesse peut obtenir en vertu du contrat ou du fait de la négligence de la demanderesse, je vais examiner la question de savoir si la défenderesse a démontré qu'elle a subi un préjudice.

[89] La défenderesse affirme qu'elle a subi un préjudice en raison du fait que le septième conteneur n'est arrivé à destination qu'en juillet. La défenderesse réclame la somme de 62 921 \$US à titre de dommages-intérêts. Ces dommages-intérêts s'établissent de la manière suivante dans la facture commerciale en date du 14 décembre 1998 que la défenderesse a fait parvenir à la demanderesse:

a) frais de transfert, d'entreposage, d'assurance et de manutention des six premiers conteneurs—9 334 \$US;

b) frais de réinspection de la cargaison et débours engagés par la défenderesse pour se rendre à Bandar Abbas—16 750\$;

c) honoraires d'avocats: 4 350 \$CAN à 1,5 \$US = 1 \$CAN = 2 900 \$US;

d) valeur de remplacement CAF des articles défectueux: 29 754 \$US;

(e) Banking charges and interest incurred by the defendant—US\$4,183;

e) frais bancaires et d'intérêts engagés par la défenderesse: 4 183 \$US.

[90] The defendant also claims damages for loss of profit in the amount of US\$192,265.

[90] La défenderesse réclame également la somme de 192 265 \$US à titre de dommages-intérêts pour le manque à gagner qu'elle affirme avoir subi.

[91] The plaintiff argued at the hearing that there was no proof of any of these heads of damages.

[91] La demanderesse a soutenu à l'audience qu'aucun de ces chefs de dommages n'avait été prouvé.

[92] Regarding the cost for transferring, storage, insurance and handling, the plaintiff noted that there was no warehousing bill and there was no evidence of the amount being charged by a warehouse to the receiver.

[92] En ce qui concerne les frais de transfert, d'entreposage, d'assurance et de manutention, la demanderesse fait remarquer qu'il n'y avait pas de facture de mise en entrepôt de douane ni d'élément de preuve au sujet de la somme qu'un entrepôt aurait fait payer au réceptionnaire.

[93] The defendant pointed out that in evidence was a copy of a bank draft (Tabs 17 and 23 of the defendant's list of documents) which showed that the defendant indemnified or paid 7,000,000 Rials to its buyer, 4,000,000 Rials of which were allegedly for warehousing. The defendant also noted that in evidence was a fax dated June 27, 1998 (Tab 15 of the defendant's list of documents) and sent by Commodity Procurement & Distribution Centre, the defendant's client in Iran, which stated that 7,000,000 Rials were owed by the defendant to its client in relation to six dispatched containers. The defendant's client explained in the fax that it paid 4,000,000 Rials for warehousing, local insurance and container transferring from the area to another place and that the container's demurrage charges came to 3,000,000 Rials.

[93] La défenderesse a souligné qu'elle avait déposé en preuve une copie d'une traite bancaire (onglets 17 et 23 de la liste de documents de la défenderesse) démontrant que la défenderesse avait indemnisé son acheteur de la somme de 7 000 000 rials ou qu'elle lui avait versé cette somme, et que, sur ce montant, 4 000 000 rials auraient servis au paiement de l'entreposage. La défenderesse a également fait remarquer qu'elle avait soumis en preuve une télécopie datée du 27 juin 1998 (onglet 15 de la liste de documents de la défenderesse) qui lui avait été envoyée par le centre d'achat et de distribution de produits, le client de la défenderesse en Iran, qui affirmait que la défenderesse devait 7 000 000 rials à son client relativement à six conteneurs expédiés. Le client de la défenderesse expliquait dans cette télécopie qu'il avait payé 4 000 000 rials pour l'entreposage, l'assurance locale et le transfert du conteneur d'un endroit à un autre et que les frais de surestaries dus pour ce conteneur s'élevaient à 3 000 000 rials.

[94] The defendant also observed that a second fax dated August 8, 1998 (Tab 19 of the defendant's list of documents) was sent by its client asking that a cheque amounting to 7,000,000 Rials be issued for "relevant costs for the containers which (illegible) have had delay in arrival".

[94] La défenderesse a également fait observer que son client lui avait envoyé une seconde télécopie le 8 août 1998 (onglet 19 de la liste de documents de la défenderesse) pour lui demander d'émettre un chèque au montant de 7 000 000 rials pour [TRADUCTION] «les frais afférents aux conteneurs qui (illisibles) sont arrivés en retard».

[95] However, at the hearing, the plaintiff explained that Robert Woo, by e-mail, (Tab 23 of the plaintiff's amended list of documents), contacted the agent in Iran and asked about the arrival date of the feeder vessel carrying the six containers in Bandar Abbas, asked what was the free time of storage at the terminal, what were the storage costs and whether those terms were negotiable.

[96] Counsel for the plaintiff then explained that the agent answered in his letter (Tab 23 of the plaintiff's amended list of documents) that the free time for containers at the discharge port is 20 days. He also indicated the storage rates in Rials. Counsel for plaintiff made a quick calculation based on the arrival date of the six containers which was deemed to be the first week of May for the purpose of the calculation, although everybody agreed that it was probably later in May. Counsel also suggested that based on the evidence, the containers were held for storage no more than a month. However, he used 45 days in his calculation, since the containers might have arrived in the first week of May.

[97] Without taking into account the free storage time of 20 days, counsel for the plaintiff calculated the storage fees as being 36,000 Rials. According to the plaintiff's agent, the storage fees were as follows:

- 15 days at 400 Rials per day;
- 15 days at 800 Rials per day;
- 15 days at 1200 Rials per day;

[98] As was noted by counsel for the plaintiff, the amount calculated is nowhere near the millions of Rials alleged by the defendant. There is an important difference between 4,000,000 Rials and 36,000 Rials. Counsel for the plaintiff argued that although there is evidence that the defendant paid 7,000,000 Rials for transferring, storage, insurance and handling, it is not

[95] Toutefois, à l'audience, la demanderesse a expliqué que Robert Woo avait, par message électronique (onglet 23 de la liste de documents modifiée de la demanderesse), communiqué avec son représentant en Iran pour s'enquérir de la date d'arrivée à Bandar Abbas du navire collecteur transportant les six conteneurs. Il lui a posé des questions au sujet du temps d'entreposage gratuit au terminal et des frais d'entreposage et lui a demandé si ces conditions étaient négociables.

[96] L'avocat de la demanderesse a ensuite expliqué que le représentant avait répondu par lettre (onglet 23 de la liste de documents modifiée de la demanderesse) que le temps d'entreposage gratuit dont les conteneurs pouvaient bénéficier au port de déchargement était de 20 jours. Il a également précisé les tarifs d'entreposage en rials. L'avocat de la demanderesse a fait un calcul rapide d'après la date d'arrivée des six conteneurs, laquelle était réputée être la première semaine de mai aux fins du calcul, malgré le fait que tous s'entendaient pour dire que les conteneurs étaient probablement arrivés plus tard au cours du mois de mai. L'avocat a également souligné, sur le fondement de la preuve, que les conteneurs avaient été gardés en entreposage pendant plus d'un mois. Il a cependant retenu une période de 45 jours pour ses calculs, étant donné que les conteneurs auraient pu arriver au cours de la première semaine de mai.

[97] Sans tenir compte de la période d'entreposage gratuite de 20 jours, l'avocat de la demanderesse a calculé à 36 000 rials les frais d'entreposage. Suivant le représentant de la demanderesse, les frais d'entreposage se détaillaient comme suit:

- 15 jours à 400 rials par jour;
- 15 jours à 800 rials par jour;
- 15 jours à 1 200 rials par jour;

[98] Ainsi que l'avocat de la demanderesse l'a souligné, le montant calculé est loin des millions de rials auxquels la défenderesse arrive. Il y a une différence marquée entre 4 000 000 rials et 36 000 rials. L'avocat de la demanderesse a soutenu que, bien que, suivant la preuve, la défenderesse ait payé 7 000 000 rials pour le transfert, l'entreposage,

possible to know from the evidence what the payment was for.

[99] I agree with the plaintiff that the defendant's evidence regarding the cost of transferring, storage, insurance and handling of the first six containers is not sufficient to establish on the balance of probabilities that the defendant suffered these losses. There is no invoice from the warehouse, no details as to how the various fees were calculated, no dates were provided regarding the time of storage. These details should have been available to the defendant, and should have been submitted into evidence.

[100] The evidence is not sufficient to prove that the defendant had to pay fees for transfer, storage, insurance and handling of the six containers due to the late arrival of the seventh container.

[101] Regarding the second head of damages, the cost of reinspection of cargo and out of pocket expenses for the defendant to travel to Bandar Abbas, counsel for the plaintiff noted that there is no invoice from anybody that may have inspected the cargo. Although there was mention that a report was made, the report was not submitted in evidence. Counsel for the plaintiff observed that the results of the report were not known and that no bill with respect to that inspection was submitted.

[102] Counsel for the defendant explained that documents 22, 24, 27 and 28 are relevant in assessing the cost of reinspection of cargo. Document 22 is the fax dated August 8, 1998 from Commodity Procurement & Distribution Centre. Pursuant to the fax, the defendant's client request US\$15,000 from the defendant.

[103] Document 24, is a letter from the defendant to its client confirming that it will make the necessary arrangements to remit the sum of US\$15,000. Document 27 is a letter from the Royal Bank of Canada confirming that it has remitted the amount of

l'assurance et la manutention, la preuve ne permet pas de savoir ce que le paiement de cette somme visait.

[99] Je suis d'accord avec la demanderesse pour dire que les éléments de preuve soumis par la défenderesse au sujet des frais de transfert, d'entreposage, d'assurance et de manutention des six premiers conteneurs ne sont pas suffisants pour établir, selon la prépondérance des probabilités, que la défenderesse a subi les dommages en question. Il n'y a pas de facture de l'entrepôt, de détails sur la façon dont les divers frais ont été calculés ou de date au sujet de la durée de l'entreposage. La défenderesse aurait dû être au courant de ces détails et elle aurait dû les soumettre en preuve.

[100] La preuve n'est pas suffisante pour prouver que la défenderesse a dû payer des frais pour le transfert, l'entreposage, l'assurance et la manutention des six conteneurs en raison de l'arrivée tardive du septième conteneur.

[101] En ce qui concerne le deuxième chef de dommages, en l'occurrence les frais de réinspection de la cargaison et les débours que la défenderesse a engagés pour se rendre à Bandar Abbas, l'avocat de la demanderesse a fait remarquer que le dossier ne contient aucune facture de quelqu'un qui aurait pu inspecter la cargaison. Bien qu'il ait été mentionné qu'un rapport a été fait, ce rapport n'a pas été soumis en preuve. L'avocat de la demanderesse a fait observer que les résultats du rapport n'étaient pas connus et qu'aucune facture n'avait été soumise relativement à cette inspection.

[102] L'avocat de la défenderesse a expliqué que les documents 22, 24, 27 et 28 sont utiles pour évaluer le coût de réinspection de la cargaison. Le document 22 est la télécopie du 8 août 1998 du centre d'achat et de distribution de produits. Suivant cette télécopie, le client de la défenderesse réclame la somme de 15 000 \$US à la défenderesse.

[103] Le document 24 est une lettre adressée par la défenderesse à son client pour confirmer qu'elle prendra les mesures nécessaires pour lui remettre la somme de 15 000 \$US. Le document 27 est une lettre de la Banque Royale du Canada confirmant la remise

US\$15,000 to the defendant's client. Document 28 also is a confirmation that the defendant's client received US\$15,000.

[104] Although the above documents refer to an amount of US\$15,000 being transferred from the defendant to its client, the documents do not explain the purpose of the transfer. The only explanation regarding this payment is made by Ata Olfati in the defendant's answers to written examination. He explains that the goods were inspected by Industrial Engineering and Inspection Company (IEI) of Iran and that the defendant's office in Teheran advised that a report was made by IEI to the client in respect of a certain number of tires examined by IEI. Mr. Olfati also stated that the amount of US\$15,000 was the payment for the cost of reinspection of the cargo.

[105] In my view, the evidence is insufficient and I cannot conclude that the defendant had to pay US\$15,000 to its client for the reinspection of the cargo. I accept that the amount of US\$15,000 was paid by the defendant to its client. However, the evidence does not permit me to conclude that the amount paid was for the reinspection of the cargo since the only evidence is the bald statement of Mr. Olfati and no other document was provided to support his contention. As was noted by the plaintiff, a report was allegedly made but it was not submitted into evidence, no invoice was submitted to confirm that reinspection of the cargo was done. There is no evidence as to the date it took place. There is no evidence coming from the persons that conducted the reinspection and even the evidence from the defendant's client does not explain what the amount paid was for. The defendant has failed to demonstrate on a balance of probabilities that it paid US\$15,000 to its client for the reinspection of the cargo.

[106] In terms of the out-of-pocket expenses, counsel for the plaintiff noted that although the documents showed that it related to some kind of travel, no invoices for any kind of travel expenses were

de la somme de 15 000 \$US au client de la défenderesse. Le document 28 confirme également que le client de la défenderesse a reçu la somme de 15 000 \$US.

[104] Bien que les documents susmentionnés fassent état du transfert de la somme de 15 000 \$US du client de la défenderesse à cette dernière, ces documents n'expliquent pas l'objet du transfert. La seule explication qui a été fournie au sujet de ce paiement est celle qu'a donnée Ata Olfati dans les réponses aux questions posées lors de l'interrogatoire écrit. Il a expliqué que les marchandises avaient été inspectées par la société de génie et d'inspection industriels (SGII) en Iran et que le bureau de la défenderesse à Téhéran l'avait informé que la SGII soumettait un rapport au client au sujet d'un certain nombre de pneus que la SGII avait examinés. M. Olfati a également déclaré que la somme de 15 000 \$US servait à payer le coût de réinspection de la cargaison.

[105] À mon avis, la preuve est insuffisante et je ne puis conclure que la défenderesse devait payer 15 000 \$US à son client pour la réinspection de la cargaison. J'accepte que la défenderesse a payé la somme de 15 000 \$US à son client, mais la preuve ne me permet pas de conclure que la somme payée visait la réinspection de la cargaison, étant donné que le seul élément de preuve dont nous disposons est la simple affirmation de M. Olfati et qu'aucun autre document n'a été présenté pour appuyer ses dires. Ainsi que la demanderesse l'a fait remarquer, un rapport aurait été préparé, mais il n'a pas été déposé en preuve et aucune facture n'a été soumise pour confirmer que la cargaison a effectivement été réinspectée. Il n'y a pas non plus de preuve au sujet de la date à laquelle la réinspection aurait été effectuée. Il n'y a pas d'éléments de preuve provenant des personnes qui ont procédé à la réinspection et même le client de la défenderesse n'a pas expliqué dans son témoignage ce pour quoi cette somme était versée. La défenderesse n'a pas réussi à démontrer selon la prépondérance des probabilités qu'elle a versé la somme de 15 000 \$US à son client pour la réinspection de la cargaison.

[106] En ce qui a trait aux débours qui auraient été engagés, l'avocat de la demanderesse a fait remarquer que, bien que les documents montrent qu'ils se rapportent effectivement à des déplacements, aucune

submitted. Further, it is not possible to know why a person went there and there is no report from the person. Counsel for the plaintiff was of the view that there was a complete lack of the documents that one would submit to prove the expense.

[107] Once again, the only evidence of the expenses incurred by the defendant regarding the out-of-pocket expenses is from Mr. Olfati who stated in his supplementary affidavit that the travel expenses were in the amount of US\$1,750. No documents were provided in support of his contention. There is no documentary evidence whatsoever that US\$1,750 was ever paid for travel expenses and in my view, Mr. Olfati's contention without any other explanation or supporting documents is not sufficient to establish on a balance of probabilities that the amount was incurred or paid.

[108] Counsel for the plaintiff then examined the legal fees claimed by the defendant and again noted that no legal bill was adduced into evidence. He observed that it is not possible to know what the legal fees were for and that once again there was a complete paucity of any kind of backup on this item.

[109] I have reviewed the evidence, and the only reference regarding legal fees is found in the "commercial invoice" sent by the defendant to the plaintiff. Since no evidence was provided in support of the allegation that the defendant incurred legal fees because of the plaintiff's negligence, I cannot conclude that the defendant is entitled to reimbursement of these fees.

[110] On the issue of the replacement CIF value of defective units, counsel for the plaintiff pointed out that the component of the insurance cannot be claimed as the insurance was covered in Iran. Secondly, counsel for the plaintiff argued that there was no proof of any defective units. He explained that although there is a bald statement that 35 units were defective, there is no

facture n'a été soumise relativement à quelque type de déplacement que ce soit. De plus, il n'est pas possible de savoir pourquoi une personne s'est rendue là-bas et on n'a pas entendu cette personne à ce sujet. L'avocat de la demanderesse s'est dit d'avis qu'il y a absence totale du type de documents qu'une personne soumettrait pour faire la preuve de cette dépense.

[107] Une fois de plus, le seul élément de preuve dont nous disposons au sujet des débours de la défenderesse est le témoignage de M. Olfati, qui affirme, dans son affidavit supplémentaire, que les frais de déplacement s'élevaient à 1 750 \$US. Aucun document n'a été soumis à l'appui de cet argument. Il n'y a pas le moindre élément de preuve documentaire qui démontre que la somme de 1 750 \$US a jamais été payée pour des frais de déplacement et j'estime que, sans plus d'explications et faute de documents à l'appui, l'affirmation de M. Olfati n'est pas suffisante pour établir selon la prépondérance des probabilités que cette somme a été engagée ou payée.

[108] L'avocat de la demanderesse a ensuite examiné les honoraires d'avocat réclamés par la défenderesse et a fait remarquer une fois de plus qu'aucune note d'honoraires n'avait été produite en preuve. Il a fait observer qu'il n'est pas possible de savoir ce que ces honoraires d'avocat pouvaient viser et il a ajouté que, là encore, il n'y avait pas le moindre élément permettant de justifier ce poste.

[109] J'ai examiné la preuve et la seule mention d'honoraires d'avocat se trouve dans la «facture commerciale» que la défenderesse a envoyée à la demanderesse. Comme aucun élément de preuve n'a été soumis pour appuyer l'allégation que la défenderesse a engagé des honoraires d'avocat en raison de la négligence de la demanderesse, je ne puis conclure que la défenderesse a droit au remboursement de ses frais.

[110] Sur la question de la valeur de remplacement CAF des articles défectueux, l'avocat de la demanderesse a souligné que ce volet d'assurance ne pouvait faire l'objet d'une déclaration de sinistre car ce risque était assuré en Iran. En second lieu, l'avocat de la demanderesse a fait valoir qu'il n'y avait aucune preuve établissant qu'il y avait des articles défectueux.

evidence of any replacement of any of these units and no evidence that there was a shipment of another 35 units. Furthermore, there is no evidence as to the physical damage that would have ensued because of the delay in clearing the goods from customs. However, there is evidence that the defendant got paid in full, and there is evidence that the defendant was released from its performance guarantee.

[111] On this issue, the defendant submitted into evidence a fax dated October 22, 1998 from its client confirming that 35 units were found defective as a result of damage suffered in prolonged shipping. The defendant also submitted a document explaining how the amount claimed by the client, i.e. US\$29,754, was calculated.

[112] The evidence does not support a finding that the amount was paid by the defendant to its client or that the tires were replaced. Although the evidence is to the effect that there was a claim, no evidence was adduced regarding how the claim was dealt with.

[113] Regarding the banking charges and interest incurred by the defendant, counsel for the plaintiff maintained that there was no evidence substantiating the amount claimed by the defendant.

[114] The defendant submitted a fax dated August 25, 1998, from the Société Générale (Canada) advising the defendant that the Société Générale was going to deduct C\$3,829.40 from the defendant's Canadian deposit. The amount of C\$2,980.85 set out in the fax was for the commission and charges relating to the balance due as per the letter dated October 1, 1997 and May 1, 1998. An amount of C\$339.64 was for the claim by the Bank Tejerat in their swift of August 25, 1998 as well as an amount of C\$308.91 which was claimed by the bank Tejerat in their swift dated August 25, 1998. An additional sum of C\$200 was added for the cost of the Société Générale swift/telex.

Il a expliqué que, malgré la simple affirmation que 35 articles étaient défectueux, il n'avait pas été démontré que l'on avait remplacé ces articles ou qu'on avait expédié 35 autres articles. De plus, il n'y a aucun élément de preuve au sujet des dommages matériels entraînés par le retard qu'avait accusé le dédouanement des marchandises. Il existe toutefois des éléments de preuve tendant à démontrer que la défenderesse a été payée en entier et qu'elle a été libérée de sa garantie d'exécution.

[111] Sur cette question, la défenderesse a soumis en preuve une télécopie que son client lui a fait parvenir le 22 octobre 1998 pour confirmer que l'on avait constaté que 35 articles étaient défectueux par suite des dommages subis à cause du transport prolongé. La défenderesse a également soumis un document qui explique comment le montant réclamé par son client, 29 754 \$US, avait été calculé.

[112] La preuve ne permet pas de conclure que la somme a été versée par la défenderesse à son client ou que les pneus ont été remplacés. Bien que la preuve tende à démontrer qu'une réclamation a été formulée, aucun élément de preuve n'a été présenté au sujet de la suite qui a été donnée à une telle réclamation.

[113] Au sujet des frais et intérêts bancaires engagés par la défenderesse, l'avocat de la demanderesse maintient qu'il n'y a aucun élément de preuve qui justifie la somme réclamée par la défenderesse.

[114] La défenderesse a soumis une télécopie envoyée le 25 août 1998 par la Société Générale (Canada) à la défenderesse pour l'informer que la Société Générale s'appropriait à soustraire une somme de 3 829,40 \$CAN du dépôt canadien de la défenderesse. La somme de 2 980,85 \$CAN précisée dans la télécopie visait la commission et les frais relatifs au solde dû selon des lettres datées du 1^{er} octobre 1997 et du 1^{er} mai 1998. Une somme de 339,64 \$CAN visait la somme réclamée par la Banque Tejerat dans sa communication du 25 août 1998, ainsi que la somme de 308,91 \$CAN réclamée par la Banque Tejerat dans sa communication du 25 août 1998. Une somme supplémentaire de 200 \$CAN a été ajoutée pour couvrir le coût de la communication/du télex de la Société Générale.

[115] In a letter dated November 26, 1998, the Société Générale advised the defendant that the performance guarantee was cancelled and that enclosed was a cheque being the refund of the deposit plus interest less the commission and charges as per the Société Générale's fax dated August 25, 1998.

[116] Counsel for the plaintiff observed that it appeared that the amount of C\$2,980.85 was a balance due in respect of the performance bond prior to its extension. Counsel for the plaintiff submitted that this was indicative of the lack of substantiation of the claim.

[117] I agree with the plaintiff that the amount of C\$2,980.85 referred to in the letter dated May 12, 1998 refers to a balance due as per letters dated October 10, 1997 and May 1, 1998 and therefore appears to relate to a balance due prior to the extension of the guarantee. Furthermore, it has to be noted that the defendant claims banking charges and interest in the amount of US\$4,183. However, the defendant did not explain how it arrived at that amount and the evidence submitted does not support a finding that the defendant incurred charges in the amount of US\$4,183. Further, it is not clear what the amounts stated in the fax dated August 25, 1998 were for. It shows that the Bank Tejerat claimed certain amounts in its swifts dated August 25, 1998, however, the swifts submitted in evidence do not claim the same amount as stated in the fax. Therefore, it is not possible to know what the amounts claimed related to and whether it related to the extension of the performance guarantee.

[118] Lastly, counsel for the plaintiff argued that there are no documents regarding the loss of profit alleged by the defendant. There is an invoice that the defendant claims is the contract it lost. Counsel for the plaintiff observed that there is no proof of any binding contract and because of this, it is very difficult to see how the defendant can complain of the business loss. Counsel for the plaintiff submitted that there was a

[115] Dans une lettre datée du 26 novembre 1998, la Société Générale a informé la défenderesse que la garantie d'exécution avait été annulée et qu'elle trouverait en annexe un chèque correspondant au remboursement du dépôt majoré des intérêts, moins la commission et les frais d'envoi de la télécopie du 25 août 1998 de la Société Générale.

[116] L'avocat de la demanderesse a fait observer qu'il semblait que la somme de 2 980,85 \$CAN était un solde dû au titre de la garantie d'exécution avant que celle-ci ne soit prolongée. L'avocat de la demanderesse a fait valoir que ce fait permettait de conclure à l'absence d'éléments justifiant la réclamation.

[117] Je suis d'accord avec la demanderesse pour dire que la somme de 2 980,85 \$CAN dont il est question dans la lettre du 12 mai 1998 vise le solde dû mentionné dans les lettres du 10 octobre 1997 et du 1^{er} mai 1998 et que cette somme semble en conséquence se rapporter au solde impayé avant la prorogation de la garantie. Qui plus est, il y a lieu de noter que la défenderesse réclame la somme de 4 183 \$US à titre de frais et intérêts bancaires. La défenderesse n'a toutefois pas expliqué comment elle en arrivait à cette somme et la preuve soumise ne permet pas de conclure que la défenderesse a engagé des frais s'élevant à 4 183 \$US. En outre, on ne sait pas avec certitude ce que visaient les sommes précisées dans la télécopie du 25 août 1998. Il en ressort que la Banque Tejerat a réclamé certaines sommes dans ses communications du 25 août 1998, mais dans les communications qui ont été déposées en preuve on ne réclame pas le même montant que celui qui figure dans la télécopie. Il n'est donc pas possible de savoir à quoi se rapportent les montants réclamés ou s'ils concernent la prolongation de la garantie d'exécution.

[118] Finalement, l'avocat de la demanderesse a plaidé qu'il n'y a aucune pièce au sujet du manque à gagner que la défenderesse prétend avoir subi. Il existe une facture qui, selon ce que prétend la défenderesse, constate l'existence du contrat qu'elle a perdu. L'avocat de la demanderesse a fait observer qu'il n'y a aucune preuve de l'existence d'un contrat exécutoire et qu'en raison de ce fait, il est très difficile de savoir

complete absence of any substantiation of a contract and indeed any connection, if there was negligence, between the loss of that contract and the alleged negligence.

[119] According to the defendant, the Kala Resana Company, of the Ministry of Energy, was advised by the Commodity Procurement & Distribution Centre, the defendant's client in Iran, to "hold back" the imminent issuance of a letter of credit which was in furtherance of a new confirmed order to supply 60 additional containers of tires valued at US\$2,064,000 pending the resolution of the missing container of shipment No. 8.

[120] The defendant also explained that a follow-up order for supply and delivery of an additional 1000 units of tires valued US\$748,000 and placed by the Ministry of Road and Transportation, was put on hold based on the Commodity Procurement & Distribution Centre's information regarding the missing container.

[121] Regarding the order from Kala Resana Company, the defendant submitted a pro forma invoice dated June 11, 1997 and sent to Kala Resana Company. The invoice confirms that the price for the order of heavy-duty tires would be US\$2,064,240 and gives the various terms and conditions of the offer. It also states that the offer is valid for 21 days from the date of its issuance.

[122] The defendant also submitted a fax dated January 31, 1998, from Kala Resana Company, advising, regarding the status of the letter of credit, that the banking procedures were started through Kala Resana Company's advising bank, and that God willing, Kala Resana Company would be able to announce the opening of the said letter of credit accordingly and promptly.

comment la défenderesse peut se plaindre d'avoir subi une perte commerciale. L'avocat de la demanderesse soutient qu'il y a une absence complète de tout élément démontrant l'existence d'un contrat ou même l'existence de quelque lien que ce soit, en admettant qu'il y ait eu négligence, entre la perte de ce contrat et la présumée négligence.

[119] Suivant la défenderesse, la société Kala Resana, du ministère de l'Énergie, a reçu pour instructions du centre d'achat et de distribution des produits, le client de la défenderesse en Iran, de «retenir» la délivrance imminente d'une lettre de crédit qui faisait suite à une nouvelle commande confirmée visant la fourniture de 60 conteneurs supplémentaires de pneus évalués à 2 064 000 \$US en attendant que soit réglée la question du conteneur manquant de l'envoi n°8.

[120] La défenderesse a également expliqué qu'une autre commande de suivi concernant la fourniture et la livraison de 1 000 pneus supplémentaires évalués à 748 000 \$US qui avait été passée par le ministère de la Voirie et des Transports avait été mise en suspens compte tenu des renseignements communiqués par le centre d'achat et de distribution des produits au sujet du conteneur manquant.

[121] En ce qui concerne la commande de la société Kala Resana, la défenderesse a soumis une facture *pro forma* datée du 11 juin 1997 qu'elle avait envoyée à la société Kala Resana. Cette facture confirme que le prix des pneus tout-terrains serait de 2 064 240 \$US et précise les diverses conditions de l'offre. Il y est également précisé que l'offre vaut pour 21 jours à compter de la date de sa formulation.

[122] La défenderesse a également soumis une télécopie datée du 31 janvier 1998 provenant de la société Kala Resana et précisant, au sujet de la lettre de crédit, que des démarches auprès de la banque avaient été entreprises par l'intermédiaire de la banque conseillère de la société Kala Resana et que, si tout allait bien, la société Kala Resana serait en mesure d'annoncer dans les plus brefs délais l'ouverture de cette lettre de crédit selon les conditions en question.

[123] The plaintiff argues that there was no evidence of a binding contract.

[124] Mr. Olfati explained at the hearing that in order to have a binding contract with the Iranian customer, a pro forma invoice must be issued. Based on the pro forma invoice which outlines all the terms and conditions, the customer will then give the order. According to Mr. Olfati, the confirmation of the order is the fax dated January 31, 1998, from Kala Resana Company advising that banking procedures were started through the advising bank. Mr. Olfati explained that the fax dated January 31, 1998 was the confirmation that there was a binding contract between the Iranian customer and the defendant.

[125] The defendant also submitted a pro forma invoice dated December 19, 1997 in support of its contention that it was unable to secure a follow-up order for supply and delivery of an additional 1000 units of tires because of the plaintiff's negligence. This pro forma invoice also sets out the terms and conditions of the offer and confirm that the pro forma invoice is valid for 30 days from the date of its issuance.

[126] In my view, the evidence is insufficient to conclude that binding contracts were reached between the defendant and its client. In any event, even if I were to conclude that valid contracts had been concluded, the evidence does not establish on a balance of probabilities that the contracts were lost because of the plaintiff's negligence. I have not a single piece of evidence showing that the contract, if there is, was cancelled in relation with the plaintiff's negligence. Therefore, no damages will be awarded regarding the defendant's alleged loss of profit.

[127] In conclusion, the claim by the plaintiff is granted and the counterclaim by the defendant is dismissed.

[123] La demanderesse affirme qu'il n'y a aucun élément de preuve qui permette d'affirmer qu'il existait un contrat exécutoire.

[124] M. Olfati a expliqué à l'audience que, pour qu'il y ait conclusion d'un contrat exécutoire avec le client iranien, il fallait envoyer une facture *pro forma*. Sur le fondement de la facture *pro forma* qui précise toutes les modalités et conditions, le client passe ensuite sa commande. Suivant M. Olfati, la confirmation de la commande se trouve dans la télécopie envoyée le 31 janvier 1998 par la société Kala Resana pour préciser que des démarches avaient été entreprises auprès de la banque par l'intermédiaire de sa banque conseillère. M. Olfati a expliqué que la télécopie datée du 31 janvier 1998 était la confirmation de l'existence d'un contrat exécutoire liant le client iranien et la défenderesse.

[125] La défenderesse a également soumis une facture *pro forma* datée du 19 décembre 1997 à l'appui de son argument qu'elle n'avait pas été en mesure d'obtenir une commande de suivi pour la fourniture et la livraison de 1 000 pneus supplémentaires en raison de la négligence de la demanderesse. Cette facture pro forma précise par ailleurs les modalités et les conditions de l'offre et confirme que la facture pro forma est valide pour une période de 30 jours à compter de sa délivrance.

[126] À mon avis, la preuve n'est pas suffisante pour me permettre de conclure que des contrats exécutoires ont été conclus entre la défenderesse et son client. En tout état de cause, même si je devais conclure que des contrats ont été valablement conclus, la preuve n'établit pas, selon la prépondérance des probabilités, que les contrats ont été perdus en raison de la négligence de la demanderesse. Je ne dispose pas du moindre élément de preuve qui démontre que le contrat, s'il en est, a été annulé du fait de la négligence de la demanderesse. En conséquence, aucuns dommages-intérêts ne seront accordés au titre du prétendu manque à gagner de la défenderesse.

[127] En conclusion, la demande de la demanderesse est accueillie et la demande reconventionnelle de la défenderesse est rejetée.

THE COURT ORDERS THAT:

- The defendant pay the plaintiff the amount of C\$46,174.73 plus interest at 8% calculated from April 22, 1998 until payment. The parties have agreed that the exchange rate of 1.5315 will apply.
- The counterclaim by the defendant is rejected given that the defendant cannot provide any evidence of damages.
- The decision on costs is reserved. The parties shall provide written submissions pursuant to costs, no later than October 19, 2001.

LA COUR:

- Condamne la défenderesse à payer à la demanderesse la somme de 46 174,73 \$CAN, majorée des intérêts, lesquels seront calculés au taux de huit pour cent à compter du 22 avril 1998 et jusqu'au paiement, au taux de change de 1,5315 mutuellement convenu par les parties;
- Rejette la demande reconventionnelle de la défenderesse, compte tenu du fait que la défenderesse ne peut fournir de preuves au sujet des dommages qu'elle prétend avoir subis;
- Reporte à plus tard sa décision au sujet des dépens et ordonne aux parties de lui soumettre des observations par écrit au sujet des dépens au plus tard le 19 octobre 2001.